

REPUBLICA DEL ECUADOR

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES

XXX CURSO SUPERIOR DE SEGURIDAD NACIONAL Y DESARROLLO



Í LA SEGURIDAD JURIDICA EN EL ECUADOR. CONTRIBUCION DE LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADOÎ

Tesis presentada como requisito para optar al Título
De Máster en Seguridad y Desarrollo

Autora: Dra. Ana María Rosero Rivas

Asesora: Dra. Magdalena Granizo Mantilla

Quito, julio 2003



AGRADECIMIENTO

Al Instituto de Altos Estudios Nacionales,
a sus Directivos y Asesores,
y en especial a la Dra. Magdalena Granizo
por su permanente apoyo.

INDICE

CONTENIDO	PAG. No.
LISTA DE CUADROS	v
LISTA DE GRAFICOS	v
INTRODUCCION	1
CAPITULO I.	
Situación del Ecuador en Materia de Seguridad Jurídica	5
1.1. La Realidad de la Legislación Ecuatoriana	9
1.2. Responsabilidad de la Función Legislativa	22
1.3. Limitaciones de la Función Judicial	27
CAPITULO II.	
<i>Principales causas de inseguridad jurídica.</i>	34
2.1. El Excesivo Número de Normas	35
2.2. La Presunción de Conocimiento de la Ley frente a la Imposibilidad Física de conocer efectivamente todo el Universo Jurídico.	45
2.3. La Derogatoria Genérica	51
2.4. La Diversidad de Procedimientos Administrativos	54
2.5. Las Facultades Discrecionales en Derecho Público	57
2.6. La Corrupción	68

CAPITULO III.

La Procuraduría General del Estado	75
3.1. Creación y Reseña Histórica	76
3.2. Funciones y Atribuciones	82
3.2. Las Leyes Orgánicas de la Procuraduría General del Estado	87
3.3. El Asesoramiento Legal como Contribución a la Seguridad Jurídica	92
3.4.1. Datos Estadísticos	92

CAPITULO IV.

Conclusiones y Recomendaciones	106
4.1. ¿Cómo enfrentar el problema de la seguridad jurídica?	107
4.2. ¿Cómo combatir las causas que generan inseguridad jurídica?	108

CAPITULO V.

Propuesta de la autora:

<i>Í Hacia la Seguridad Jurídico-Administrativa.Í</i>	125
--	------------

ANEXOS

Anexo No. 1. Proyecto de Reforma Constitucional	143
Anexo No. 2. Proyecto de Reforma al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva	155

BIBLIOGRAFIA	158
---------------------	------------

LISTA DE CUADROS

CUADRO	PAG
Cuadro No. 1. Evolución de Consultas	93
Cuadro No. 2. Sentencias Favorables al Estado. Area Contencioso Administrativa	104

LISTA DE GRAFICOS

GRAFICO	PAG
Gráfico No. 1. Origen de las Consultas	96
Gráfico No. 2. Consultas Ingresadas entre Enero y Septiembre del año 2002	97
Gráficos Nos. 3 y 4. Reconsideraciones	98

La certeza es la base de la seguridad jurídica.

Eduardo García de Enterría.

INTRODUCCION

La seguridad jurídica es condición básica para que un Estado pueda tener paz social y estabilidad política, condiciones que a su vez favorecen su desarrollo. En tal sentido, la legítima preocupación que existe en nuestro país por el papel que el sistema jurídico debe cumplir, creando las condiciones que propicien el desarrollo, ha constituido la motivación que orientó este trabajo de investigación.

La seguridad jurídica, inmaterial o formal, como también se la llama, no consiste sino en la certeza del imperio de la Ley; esto es, en la garantía de que el ordenamiento jurídico será aplicado de manera objetiva; es además, un principio fundamental del Estado de Derecho, que se traduce en el aval que éste ofrece a toda persona, de que serán respetados sus derechos consagrados en la Constitución y en las leyes, y que por tanto no serán alterados o vulnerados posteriormente, contraviniendo la norma jurídica en virtud de la cual han sido adquiridos; es, por tanto, un bien colectivo.

El Estado ecuatoriano garantiza la seguridad jurídica en el numeral 26 del artículo 23 de la Constitución Política de la República, sin embargo, como se analiza en el primer capítulo de este trabajo, en muchas ocasiones esa garantía queda únicamente como una declaración, pues nuestro sistema jurídico es demasiado grande y además las normas de diversa jerarquía que lo integran, no guardan entre sí la debida unidad y concordancia, sino que por el contrario, es frecuente encontrar contradicciones; es conocido que en

el Ecuador existen leyes para cada materia, y abundancia de regulaciones respecto de una misma temática.

En el segundo capítulo se analizan las principales causas que generan la inseguridad jurídica en materia de Derecho Administrativo, como el incremento desmedido de normas por ejemplo, que es consecuencia de la introducción en masa de reformas, a través de las llamadas ~~leyes~~ leyes Trole+, así como de la existencia de numerosos órganos legislativos, y de las prácticas inconvenientes que éstos han adoptado, como la derogatoria genérica, todo lo cual torna imposible conocer el enorme universo jurídico.

En materia de Derecho Administrativo, por la aplicación del principio de legalidad según el cual las atribuciones de la administración deben provenir del ordenamiento jurídico, y debido al engorroso procedimiento para expedir y reformar las leyes, se ha pretendido acortar el camino, a través de un fenómeno peculiar que consiste en reglamentar todo, con lo cual muchas veces se crean para los administrados obligaciones que no estaban previstas en la ley que se dice reglamentar, o rápidamente se modifican reglas.

En la Función Jurisdiccional, el doble criterio judicial rompe la unidad del sistema jurídico, pero influyen también aspectos estructurales, como el procedimiento escrito, que torna lentos los juicios, así como el insuficiente número de jueces en proporción al volumen de causas que deben atender, y la inadecuada distribución geográfica de los despachos.

A lo dicho no se puede dejar de añadir, como causas de inseguridad jurídica, la problemática que genera la diversidad de procedimientos administrativos, el establecimiento de facultades discrecionales en Derecho Público, y la pérdida de los valores y la influencia política, que se traducen en corrupción.

En el tercer capítulo, luego de hacer una breve reseña histórica sobre su origen, se analizan las principales funciones que cumple la

Procuraduría General del Estado en materia de defensa judicial del Estado y asesoramiento.

La incidencia de las causas de inseguridad jurídica ha determinado un importante incremento en el volumen de consultas que ha absuelto la Procuraduría General del Estado desde 1998, pues gran parte de éstas se formulan por dudas generadas por reformas sucesivas a los textos legales y derogatorias genéricas; ello ha determinado que el ejercicio de la atribución de asesoramiento haya adquirido especial trascendencia en el campo del Derecho Público, y se haya convertido en verdadera jurisprudencia administrativa, lo que sin duda constituye un valioso aporte a la seguridad jurídica.

En materia de patrocinio del Estado, es importante destacar que según se desprende de los informes de labores de la entidad, la proporción de fallos a favor del Estado, fluctúa entre el 44% y el 60% de los casos, lo cual unido al porcentaje de abandonos y desistimientos, que eleva dichos porcentajes, desvirtúa la generalizada opinión pública, equivocada, de que el Estado pierde los juicios y por el contrario, revela que la entidad, tradicionalmente ha contribuido al fortalecimiento de la seguridad jurídica en el Ecuador.

El análisis efectuado a lo largo del trabajo, permite que en el cuarto capítulo se formulen algunas recomendaciones tendientes a mejorar el nivel de seguridad jurídica en nuestro país, sintetizadas en la necesidad de que el ordenamiento jurídico tenga cierta estabilidad, limite la discrecionalidad y el uso de conceptos jurídicos indeterminados, sea más coherente, y además se garantice su aplicación a través de mecanismos eficaces como un procedimiento administrativo simple y un ágil proceso judicial a través de la implementación de la oralidad, entre otros.

En el último capítulo se describe la propuesta de la autora de que se implemente un verdadero sistema de ~~%~~control de calidad+, previo, en el

caso de los proyectos de ley y de las normas generales que expiden los diversos órganos legislativos del Estado, y posterior, en el caso de las normas vigentes, a fin de evitar la contraposición de textos, las fallas de precisión, la ruptura de la unidad del sistema jurídico, en síntesis, la incertidumbre; finalmente, y con el mismo objetivo, se propone una reforma política relativa a la estructura del Congreso Nacional, cuyo proyecto se desarrolla en un anexo que se incorpora al final del trabajo.

La autora de este trabajo aspira a que como consecuencia de la aplicación de alguno de los mecanismos que integran el proceso de control de calidad que propone, se logre mejorar el nivel de seguridad jurídica en nuestro país.

CAPITULO I

SITUACIÓN DEL ECUADOR EN MATERIA DE SEGURIDAD JURÍDICA

No cabe duda de que la vigencia de la ley honra a un país, en tal sentido, la seguridad jurídica es condición básica para que un Estado pueda tener paz social y estabilidad política, condiciones que a su vez favorecerán su desarrollo económico; con paz habrá seguridad jurídica, y con ella vendrán las inversiones, de manera que la existencia y el respeto al Derecho, es condición sine qua non de la seguridad y el desarrollo.

Estudios realizados en diferentes países demuestran que, aquellos que han mantenido por más tiempo un Estado de Derecho, han registrado crecimientos económicos más favorables.¹

Las normas son la expresión material del Derecho, regulan la conducta, tanto de la población de la nación a la cual van dirigidas, como la del propio Estado; formulan hipótesis en las que se determinan tanto el derecho de unos, como los deberes de otros, de ahí surge la idea del Estado de Derecho.

Uno de los fundamentos de un Estado democrático es el imperio de la Ley y las normas que garantizan los derechos individuales de los ciudadanos, por encima de cualquier otro criterio.

Según la pirámide jurídica de Kelsen, la Constitución como norma suprema está en su vértice, luego están las leyes, que en nuestro sistema

¹ BARRO, Robert, (1998), Determinante of Economic Growth, MIT Press, Cambridge, Massachussets.

legal se clasifican en orgánicas y ordinarias, y hacia la base se ubican las restantes normas de carácter jurídico; pero es fundamental que el ordenamiento sea coherente, de forma tal que las regulaciones no se contradigan, sin importar el órgano del que provengan o el tiempo en que sean expedidas.

Si el orden, que permite que el sistema jurídico de un país se unifique, se debilita, ya no es idóneo, impide obtener paz institucional, social e individual y finalmente rompe el Estado de Derecho. Si la normativa es oscura, contradictoria, carente de orden, entonces permitirá interpretaciones subjetivas, que a su vez fomentarán la conflictividad y la corrupción.

El doctor Luis Hidalgo, cita las palabras de Mario Vargas Llosa, contenidas en el prólogo de la obra *El Otro Sendero* de Hernando de Soto, con las que, refiriéndose al número de normas jurídicas que existen en el Perú, comentario aplicable también a la realidad del sistema jurídico ecuatoriano, que comparte esa característica, expone:

“se trata de un dedalo jurídico en el que el investigador cauteloso fatalmente se extravía. Una consecuencia lógica de semejante abundancia es que cada disposición legal tenga, o poco menos, otra que la enmiende, atenúe o reniegue. Lo que, en otras palabras, significa que quien está inmerso en semejante piélago de contradicciones jurídicas vive transgrediendo la ley, o algo acaso más desmoralizador- que, en una estructura de este semblante, cualquier abuso o transgresión puede encontrar un vericuelo legal que lo redima y justifique.”²

A fin de entender la trascendencia del tema materia de este estudio, resulta indispensable tener clara la definición de seguridad jurídica, es decir explicar en qué consiste y cuáles son sus alcances, a fin de que quede claro el sentido que se le dará en este trabajo.

² VARGAS LLOSA, Mario, (1999), citado por Hidalgo López Luis en La Telaraña Legal, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, pgs. 15, 16.

La dificultad de definir a la seguridad jurídica radica en que puede ser entendida de diversas maneras: así por ejemplo, para el hombre común, consistirá básicamente en la seguridad ciudadana, esto es en la garantía que el Estado le ofrece de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos, o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación; el político la asociará con la vigencia de las instituciones democráticas; y, para el empresario o el inversionista, estará identificada con la seguridad normativa, es decir con el mantenimiento de las reglas.

La estabilidad económica y el equilibrio fiscal también integran el concepto de seguridad jurídica, por lo cual, vista la moneda desde su otra cara, la inseguridad jurídica implicaría a su vez, un costo económico que técnicamente se denomina la ~~ta~~ tasa de riesgo país+.

Se debe partir necesariamente de la idea de que la seguridad jurídica es un bien colectivo, en tanto no se circunscribe a un sector o a una clase social determinados, sino que se extiende a la sociedad toda y a cada uno de sus miembros, trátase de personas naturales o jurídicas y éstas últimas sean públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

No existe seguridad jurídica cuando se pretende hacer surtir efectos retroactivos a una disposición legal, para hacerla aplicable a situaciones y derechos adquiridos en virtud de una norma jurídica anterior, o cuando el propio Estado altera o irrespeta las reglas de juego establecidas para regir una relación determinada; en fin, no existe seguridad jurídica cuando se rompe el principio de la igualdad ante la ley.

El mayor desconocimiento a la seguridad jurídica se exhibe cuando se atenta contra la estabilidad de las instituciones, contra la vigencia de la ley, contra la confianza que tiene el ciudadano en el ordenamiento jurídico de un país, o cuando se desconoce la independencia de la Función Judicial, constitucionalmente encargada de velar por esa seguridad.

La seguridad jurídica permite la estabilidad política e institucional del país, de manera que adquiere especial importancia cuando trasciende lo particular y entra al campo del Derecho Público. Thomas Hobbes, en el Leviathan, obra fundamental del pensamiento político, insistió en que la seguridad jurídica exige el respeto permanente de la irretroactividad de la ley. Asimismo, Portalis manifestó que allí donde se admite la retroactividad de las leyes, no sólo dejará de existir la seguridad, sino incluso su sombra.

En un Estado que se configure como Estado Social de Derecho, como lo declara la Constitución Política de la República del Ecuador en su artículo 1º, los poderes públicos no solo deben desarrollar una actividad preventiva y represiva a fin de garantizar a los ciudadanos la mínima seguridad, sino que también les corresponde promover, a través de sus órganos legislativos y jurisdiccionales, los medios necesarios para restablecer el orden quebrantado y el equilibrio perdido como consecuencia de la comisión de hechos delictivos por ejemplo, como proyección del principio de seguridad jurídica.

La seguridad inmaterial o formal, como se llama también a la seguridad jurídica, debe ser entendida como la certeza del imperio de la Ley, en el sentido de que el Estado protegerá los derechos de las personas tal y como la Ley los declara.

El profesor madrileño Manuel Ossorio y Florit considera que:

La seguridad jurídica es condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa **la garantía de la aplicación objetiva de la Ley**, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio³(lo resaltado es de la autora).

³ OSSORIO, Manuel, citado por José Manuel Sánchez Naveros, Presidente del Partido Popular de España en Argentina, www.uces.edu.ar.

La Cámara de Comercio de Quito, en un artículo publicado en su página web, expone que la seguridad jurídica es la estabilidad mínima que las instituciones que rigen la vida de una sociedad deben tener, y la vigencia auténtica de la Ley manifestada en el **respeto a los derechos** proclamados en la Constitución y en la ley, y en la posibilidad de que su amparo sea eficaz.

Podemos decir entonces, intentando hacer una definición suficientemente general, que la seguridad jurídica constituye la garantía de que gozan las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, como sujetos de relaciones jurídicas, así como la sociedad en general, que sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tienen fundadas expectativas de que éstas se cumplan; esto es, que exista una objetiva aplicación del ordenamiento jurídico vigente. En tal sentido, proveer seguridad jurídica es un cometido del Estado, que debe asegurar además los mecanismos que hagan efectiva la aplicación de la ley.

El presente trabajo está orientado a identificar las principales causas que ocasionan inseguridad jurídica, especialmente en el campo del Derecho Administrativo, a fin de determinar alternativas de solución a esta problemática; el objetivo principal consiste en formular una estrategia que contribuya a eliminar o al menos reducir la inseguridad jurídica que actualmente existe en nuestro país.

1.1. La realidad de la legislación ecuatoriana

El artículo 1º de la Constitución Política de la República, declara que el Ecuador es un Estado social de derecho; lo que según lo que acabamos

de revisar, implica que, tanto los ciudadanos, como el propio Estado, se encuentran sujetos al imperio del ordenamiento jurídico.

La misma Constitución Política, en el numeral 26 de su artículo 23, consagra la seguridad jurídica como un derecho civil, que el Estado reconoce a todas las personas, sean estas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, y es que ello constituye la base de la paz social.

Pese a las disposiciones constitucionales, lamentablemente en nuestro país, la prensa recoge con frecuencia preocupación por la falta de seguridad jurídica, que alarma tanto a nacionales como a extranjeros, quienes consideran el alto riesgo de vivir e invertir aquí.

Es conocido que en el Ecuador existen leyes para cada materia, y abundancia de normas respecto de una misma temática, aún encontramos disposiciones contradictorias, desperdigadas en diferentes cuerpos legales. Así por ejemplo, en Derecho de Familia, rigen tanto el Libro Primero del Código Civil, como el Código de Menores, la Ley de Registro Civil, la Ley contra la Violencia a la Mujer y a la Familia, etc.

Esta problemática se agrava en tratándose del Derecho Público, en el cual rige el principio de legalidad, que obliga a las instituciones y sus funcionarios, quienes no pueden ejercer sino las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico, de manera expresa. La Constitución Política de la República, consagra el principio de legalidad, en su artículo 119, que dice:

Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común.+

En Derecho Administrativo, una de las principales ramas del Derecho Público, existe una gran variedad de fuentes que regulan la actividad de la función administrativa, empezando por la propia Constitución Política de la

República, y luego desarrollándose en las leyes orgánicas y ordinarias, los reglamentos, los decretos, las ordenanzas, las resoluciones emitidas por los diferentes órganos, etc.; es la rama operativa del Derecho Constitucional, en el sentido de que desarrolla la estructura del Estado y establece las atribuciones de los diferentes órganos administrativos, y constituye ~~el~~ conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa.⁴

La actividad del Estado se ejerce a través de órganos administrativos, legislativos y judiciales, y cada uno de ellos tiene a su cargo funciones de distinta naturaleza. El órgano legislativo por ejemplo, además de la función esencial que le corresponde, legislar, tiene a su cargo también funciones administrativas, por ejemplo el nombramiento o remoción de su personal; estos actos son orgánicamente legislativos porque son dictados por un órgano legislativo, pero su contenido es administrativo, por lo que, materialmente, deben considerarse como tales. Lo mismo sucede con los actos dictados por órganos judiciales.

La actividad administrativa no está limitada a la Función Ejecutiva como generalmente se suele pensar, sino que también existe en las restantes Funciones del Estado, Legislativa y Judicial, las cuales la ejercen de manera no esencial, es decir como complemento a sus respectivas competencias principales.

Actividad administrativa entonces, es aquella que tiene por objeto la gestión y servicio en función del interés público, y se manifiesta a través de formas jurídicas como los actos administrativos, los simples actos de administración, los hechos administrativos y los contratos administrativos, que pueden ser ejecutados por todas las entidades públicas. Pero, de igual manera los órganos administrativos pueden dictar actos con contenido

⁴ DROMI, ROBERTO, (2001), Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina, Novena Edición, pg. 169.

legislativo; es el caso de los reglamentos, que son normas de carácter general, provenientes de la Función Ejecutiva; asimismo, las Resoluciones que, como normas dirimientes dicta la Corte Suprema de Justicia, tienen el carácter de generales, hasta cuando la ley disponga otra cosa. Los Municipios y Consejos Provinciales, tienen también potestad legislativa, que se manifiesta al expedir Ordenanzas, que contienen normas aplicables a la colectividad sobre la cual rigen.

En la práctica, además del Congreso Nacional, existen otros órganos legislativos, entendidos por tales, todos aquellos a quienes el ordenamiento jurídico atribuye la facultad de expedir normas de carácter general. Esta realidad coadyuva al incremento desmedido de la normativa jurídica en el Ecuador.

El domingo 30 de noviembre del 2002, en el programa *Justicia para Todos*, que transmite TC Televisión, en el canal 10, el Dr. Edgar Terán, quien a través de la Fundación *Imperio de la Ley*, dirige el proyecto *Hacia la Seguridad*, orientado a la depuración de la normativa existente en el país, expuso que existen aproximadamente 70 órganos *legislativos* en la Función Ejecutiva.

Si bien únicamente el Congreso Nacional tiene competencia para expedir las normas que tendrán la categoría de leyes, respecto de normativa de menor jerarquía, la atribución se extiende a otros órganos administrativos que integran las restantes Funciones del Estado; en la Función Ejecutiva, como se acaba de mencionar, tienen competencia legislativa todos los Ministerios de Estado; a ello hay que añadir los Organismos de Control, es decir las Superintendencias de Bancos, de Compañías, de Telecomunicaciones, la Contraloría, la Procuraduría General del Estado, además del Banco Central del Ecuador, el Consejo Superior del IESS, las empresas estatales, los organismos que integran el régimen seccional autónomo, etc.

De los datos estadísticos que contiene la obra del doctor Luis Hidalgo López, elaborados sobre la base del programa Lexis+, consta que en el período comprendido entre 1979 y 1999, se habían expedido 1870 Leyes, pero a ello hay que añadir la normativa de menor jerarquía como son los Decretos Ejecutivos, que pueden contener Reglamentos, las Resoluciones de los Organismos de Control, los Acuerdos Ministeriales, etc.

Comenta el doctor Hidalgo, que es impresionante el fenómeno de los últimos veinte años de régimen democrático: se ha dictado más normativa principal y secundaria (58.256) que la dictada en ciento cuarenta y nueve años de vida republicana (39.271)⁵

Pese a ello, se suele escuchar que existen vacíos legales, o que las normas vigentes son insuficientes; ante ello se anota que debemos entender que la insuficiencia de leyes se refiere al contenido y no al número de normas de carácter generalmente obligatorio que conforman la normativa legal.⁶

A lo dicho hay que añadir que el problema se agrava cuando al número de normas se añade la falta de coherencia entre ellas; los distintos órganos legislativos, expiden normativa que no guarda la debida concordancia con el resto del sistema jurídico, lo que ocasiona dudas respecto de su aplicabilidad, falta de certeza o, en otras palabras, inseguridad. Cuestionada su esencia y perdido el orden que unifica lo múltiple, la normativa legal se troca en cualquier cosa diferente al orden jurídico: se convierte en la **Telaraña Legal**, conceptualizada por Mario Vargas Llosa.⁷

La conflictividad que surge de la inseguridad jurídica, en el Derecho Público se refleja en una constante pugna entre las Funciones del Estado

⁵ HIDALGO LOPEZ, Luis, (1999), La Telaraña Legal, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, pg. 79.

⁶ HIDALGO LOPEZ, Luis, Op.Cit. pg. 76.

que tenderán a sobreponerse. La sociedad civil por su parte, comienza a desarrollar una conflictividad social e individual, que frente a la incapacidad del ordenamiento jurídico, que no contiene los medios precisos para hacer respetar los derechos, unida a la ineficiencia del sistema de administración de justicia, facilita la impunidad de conductas delincuenciales que rompen la paz.

La inseguridad jurídica que sufre el Ecuador ha llegado a tales extremos que en las recientes elecciones, la mayoría de los candidatos incluyó el tema dentro de sus propuestas, pero orientándolo casi de manera exclusiva al establecimiento de condiciones que hagan posible mejorar la imagen del país a fin de poder atraer la inversión extranjera.

En materia de garantías para las inversiones, el gobierno nacional ha aprobado la *Agenda Nacional de Competitividad*, y la ha calificado como política prioritaria del Estado, según Decreto Ejecutivo No. 2048 de 31 de octubre del 2001. *La competitividad es la capacidad que posee un país para participar (ofertar) en los mercados internacionales, de manera sostenible e incremental, con una elevación paralela del nivel de vida de la población*⁷.

En este marco se ha establecido un mecanismo de medición de los niveles de competitividad, denominado *Índice Global de Competitividad* IGC, para el que uno de los ocho rubros que se consideran determinantes, es el relacionado con la calidad de las instituciones legales y sociales que fundamentan la economía de mercado y la competencia, y que se basa en la aplicación de la ley y la protección de los derechos de propiedad intelectual.

⁷ HIDALGO LOPEZ, Luis, Op. Cit, pg. 21.

⁸ CONSEJO NACIONAL DE COMPETITIVIDAD, (2001), *Ecuador Compite, Agenda Nacional de Competitividad*, publicación del Banco Mundial y del Ministerio de Comercio Exterior, primera edición, pg. 8.

Para el año 1999, Ecuador obtuvo el lugar 54 entre los países participantes en el IGC.⁹

La agenda de competitividad implica programas de seguridad jurídica, para lo cual se ha establecido como atribución del Consejo Nacional de Competitividad, generar normas legales y acciones para la modernización de las instituciones públicas relacionadas con la productividad del país.¹⁰ La idea central gira en torno a la creación de un ambiente propicio o clima de negocios+que favorezca la competencia leal entre empresas. Dentro de las acciones diseñadas para propender a la competitividad nacional, se anotan las siguientes:

- Simplificación de trámites, especialmente los relacionados con la constitución de sociedades y registros (sanitario, licencias de pesca, ambientales, etc.
- Reforma Fiscal
- Modernización y transparencia de la Función Judicial, Aduanas y SRI.

Por otro lado, efectivamente, la estabilidad política y jurídica, como ya se dijo, es fundamental para no disuadir la inversión de las empresas extranjeras, dado que éstas necesitan se les asegure la inalterabilidad del marco regulador cuando ejecutan una inversión, pues de lo contrario, se rompe su previsión de obtener rentabilidad.

La Cámara de Comercio de Quito, en un remitido publicado en los medios de comunicación escrita, se dirigió a los candidatos a la Presidencia de la República, y entre otros puntos, les solicitó remediar:

A. La inseguridad jurídica del Estado abusador que se niega a funcionar como Estado de Derecho, irrespetando Constitución y leyes, quebrantando contratos y abandonando la seguridad pública; y B. El irrespeto, el desprecio al ciudadano por parte de sistemas burocráticos despiadados, acostumbrados a infamar e imposibilitar, dentro de

⁹ CONSEJO NACIONAL DE COMPETITIVIDAD, Op. cit., pg. 12

¹⁰ DECRETO EJECUTIVO 1666, (2001), Registro Oficial No. 370 de 17 de julio de 2001, artículo 5.

laberintos, cuya vía de salida se ofrece en venta, en un generalizado comercio de influencias +¹¹

En la misma época, con el fin de sancionar a uno de los binomios, cuya propaganda rebasó los límites del gasto electoral, el Tribunal Supremo se encontró con que la ley preveía únicamente multas como sanción para dicha infracción; inicialmente, según informó la prensa, parece que hubo consenso entre los miembros del Tribunal, para disponer la suspensión de la propaganda, lo que de haber ocurrido, habría excedido sus atribuciones, rompiendo el principio de legalidad y por tanto la seguridad jurídica. Recordemos que en Derecho Público, de conformidad con el artículo 119 de la Constitución Política de la República, las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley.

El tratamiento que se ha dado a las normas tributarias en los últimos años ha ido en dirección contraria a la seguridad jurídica. Esto se manifiesta en las innumerables reformas de que ha sido objeto la Ley de Régimen Tributario Interno; en los diez primeros años transcurridos desde su expedición (1989), ha tenido casi treinta reformas, y su Reglamento ha sido modificado en nueve oportunidades. Algunos artículos, como el que regulaba las deducciones especiales de las que podían beneficiarse las empresas en caso de realizar nuevas inversiones o donaciones, ha sido modificado dos veces en un mismo año. Otra norma fundamental, como es la tarifa del impuesto a la renta para las sociedades, ha variado todos los años a partir de 1997. Y, en el año de 1998, se aplicaron dos regímenes tributarios distintos en el mismo año. A partir del año 2000 se aplicó una nueva tarifa.

¹¹ CAMARA DE COMERCIO DE QUITO, (2002), Remitido publicado en El Comercio, edición del 7 octubre 2002, Quito, pg. A11.

Variaciones de esta magnitud conspiran seriamente contra cualquier proyecto productivo.

Estos datos reflejan la inestabilidad del sistema tributario, que es uno de los elementos que ha contribuido al detenimiento del desarrollo nacional; ello, junto a otros aspectos negativos, como la inestabilidad política, la falta de infraestructura, el déficit educativo y otros, han impedido el fortalecimiento del aparato productivo a través de inversión nacional o extranjera.

El conflicto suscitado recientemente entre el Servicio de Rentas Internas y las compañías petroleras que reclaman la devolución del impuesto al valor agregado, fue motivo de muchos análisis, e inclusive se llegó a pensar en la posibilidad de someter la controversia a la resolución de árbitros. En tal contexto, Federico Chiriboga hizo notar que el asunto, motivo de confrontación política, en el fondo no era más que un tema de aplicación de la ley, y expuso:

¶ Si hubiese el hábito de respetar la independencia de los tribunales y de acatar sin reparos sus sentencias, este tipo de situaciones se resolvería sin escándalo en el cauce que le es propio: la recta aplicación de la ley. No es el IVA: es el imperio de la ley de la selva, en el que gana quien pega un buen garrotazo en nombre de esa ley."¹² (el subrayado es de la autora).

En otra área, el descrédito de la Función Judicial trascendió las fronteras del Ecuador. Hace unos meses un extranjero, el señor Eliseo Gómez, de nacionalidad española, Gerente de Repsol YPF en nuestro país, en declaraciones aparecidas tanto en la televisión como en la prensa escrita, en diarios como La Hora y El Universo, en sus ediciones del 28 de agosto del 2002, habló de cómo se trafica con la justicia; pero qué esperar, si el más alto Tribunal de justicia de nuestro país, la Corte Suprema, contribuyó a fomentar la inseguridad jurídica en el Ecuador, cuando mediante Resolución

¹² CHIRIBOGA, Federico, (2002, septiembre 24), No es el IVA, El Comercio, pg. A5.

ha pretendido desjerarquizar al Consejo de la Judicatura, transformándolo en una dependencia subordinada a la Corte.

Téngase presente que en diciembre de 1992, mediante una reforma constitucional, se creó el Consejo Nacional de la Judicatura, como órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial, con lo que se pretendía lograr que la Corte Suprema de Justicia se liberara de las facultades administrativas y disciplinarias, para dedicarse exclusivamente a lo que constituye su tarea esencial, la administración de justicia. La Ley Orgánica de la Función Judicial, expedida en 1974 confería a la Corte Suprema de Justicia la facultad sancionadora de los jueces, magistrados de las Cortes Superiores y demás funcionarios y empleados de la Función Judicial; sin embargo, al promulgarse la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, en marzo de 1998, se estableció entre sus atribuciones la de imponer sanciones disciplinarias a los ministros de cortes superiores y tribunales distritales, jueces, secretarios, registradores, notarios y demás funcionarios y empleados de la Función Judicial.

Sobre este tema, el doctor Antonio Rodríguez Vicéns, comenta que:

“El asunto es aparentemente secundario y baladí. Pero, en realidad, no es así. En efecto, además de que se ha dejado latente la posibilidad de un conflicto entre los dos organismos, una Corte Suprema de Justicia que, en su afán de continuar ejerciendo una atribución que ya no tiene, según se puede deducir del más elemental análisis, desconoce principios fundamentales y atenta contra la Constitución, no es confiable: está contribuyendo a agravar el ambiente de inseguridad jurídica que se vive en el país.”¹³

En materia constitucional ocurre algo digno de destacar, pues el recurso de amparo, que técnicamente es más bien una acción en sentido procesal, ha sido objeto de un verdadero abuso, pues “cualquier controversia legal . inclusive penal- se ha transformado en una causa

¹³ RODRIGUEZ VICENS, Antonio, (2002, septiembre 26), ¿Quién sanciona a los jueces?, El Comercio, Quito, pg. A4.

constitucional, muchos actos políticos se han judicializado y actos administrativos generales tales como normas y reglamentos, han sido indebidamente cuestionados.¹⁴, lo que, unido a la novedad en la materia, ha dado lugar a que la Función Judicial, a través de los distintos jueces de primera instancia que deben atender este tipo de acciones, emitan resoluciones contradictorias.

Lamentablemente, el Tribunal Constitucional no ha corregido esta situación y por el contrario ~~%~~ no resuelve los casos con criterios constitucionales y legales sino con argumentos de la más variada y acomodaticia índole que contribuyen a crear y mantener un clima de inseguridad jurídica.¹⁵

A base de las Resoluciones del Tribunal Constitucional que se publican en la Gaceta de ese mismo organismo, se citan como muestra las siguientes, referidas a una materia concreta, el amparo posesorio: La Segunda Sala, en Resolución No. 135-99-RA-II.S de 7 de abril de 1999, rechazó un amparo constitucional exponiendo que:

~~%~~ Si bien es cierto que nuestra legislación concede ciertas acciones y derechos a los poseedores de un predio, esto es materia que debe ventilarse ante la Ley Civil, y mal puede este Tribunal pronunciarse en el sentido de conceder o despojar el dominio de los bienes a través de una acción de amparo.¹⁶

Hay que hacer notar que en Resolución anterior, No. 135-99-RA-II.S de 7 de abril de 1999, sobre un tema similar, la Sala ya se había pronunciado en este sentido. Sin embargo, incomprensible y contradictoriamente, la propia Segunda Sala del Tribunal Constitucional, contradice su criterio, en Resolución No. 399-99-RA-II.S de 17 de septiembre de 1999 y expone que:

¹⁴ ARBOLEDA, Néstor, (2001), El Amparo Constitucional y la Seguridad Jurídica, en Revista de Derecho Administrativo, No. 2, Procuraduría General del Estado, Grafilán, pg. 122.

¹⁵ ARBOLEDA, Néstor, Op. cit., pg. 122.

¹⁶ ARBOLEDA, Néstor, Op. Cit., pgs. 125, 126.

El Banco Ecuatoriano de la Vivienda, luego de haber concedido la posesión del inmueble a la actora, arbitrariamente ha adjudicado la vivienda a otra persona. Todos estos antecedentes desvirtúan las aseveraciones hechas por los personeros del BEV en el sentido de que se trata de una invasora, hechos que carecen de verdad, pues consta de autos que el BEV sabía y conocía perfectamente la situación.¹⁷

Irónicamente, la seguridad jurídica es completa para la delincuencia. Para la gente y la actividad honrada, no la hay ni siquiera incompleta¹⁸; con esta frase, el doctor Enrique Echeverría se refiere a los diversos mecanismos previstos en la propia Constitución Política de la República, así como en la Ley de Control Constitucional, la Ley de Régimen Municipal y el Código de Procedimiento Penal, que consagran una serie de garantías para los delincuentes.

Con este panorama, dolorosamente se tiene que concluir que no existe un adecuado nivel de seguridad jurídica en el Ecuador.

Frente a esta realidad, la preocupación que surge inevitablemente ha sido materializada por algunos organismos pertenecientes a la sociedad civil, como la Cámara de Comercio de Quito, que prestando un servicio cívico ha elaborado el proyecto *Hacia la Seguridad*; la Comisión Jurídica de la Cámara de Comercio de Quito, a cargo de la Fundación *Imperio de la Ley*, que preside el Dr. Edgar Terán, elaboró y presentó a consideración de la Presidencia de la República un proyecto de depuración normativa, que pretende restaurar en el país la seguridad jurídica.

Esta Fundación elaboró un proyecto de Decreto Ejecutivo para eliminar normas administrativas caducas por parte del Ejecutivo, y aún cuando la propuesta no fue aceptada en su totalidad, se logró al menos que la Presidencia de la República, conforme una Comisión Jurídica de

¹⁷ ARBOLEDA, Néstor, Op. Cit., pgs. 126, 127.

¹⁸ ECHEVERRÍA, Enrique, (2002, septiembre 23), *Seguridad Jurídica Completa*, El Comercio, Quito, pg. A4.

Depuración Normativa+, creada mediante Decreto Ejecutivo No. 2824 publicado en el Registro Oficial No. 623 de 22 de julio del 2002, encargada de implementar un proceso de depuración de las regulaciones de carácter administrativo provenientes de la Función Ejecutiva, que ajuste las disposiciones secundarias dictadas dentro del ámbito de su competencia, a las prescripciones de la Constitución Política de la República.

Conforme se desprende de su penúltimo considerando, el Decreto se expide acogiendo el planteamiento de un importante grupo de juristas, de que se deroguen aquellas disposiciones que, formando parte del ordenamiento jurídico, son manifiestamente contrarias a la Constitución; en el mismo considerando se expone que ello %a no dudarlo constituye un importante paso hacia el fortalecimiento de la seguridad jurídica, fundamento del Estado de derecho +

El artículo 1º del Decreto 2824 declara como prioritario y urgente para el logro de la seguridad jurídica del país, el proceso de depuración normativa, y el artículo 2 crea una %Comisión Jurídica de Depuración Normativa+ integrado por un delegado del Presidente de la República, así como por un delegado de cada uno de los Ministros de Estado (que no serán necesariamente funcionarios públicos); el artículo 5 autoriza la contratación de profesionales en cumplimiento a las disposiciones de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

El proyecto de depuración normativa que ha iniciado el Ejecutivo, constituye indudablemente un paso positivo para enfrentar el problema de la inseguridad jurídica que existe en nuestro país, sin embargo, por si solo este mecanismo no será suficiente, pues se requieren un conjunto de medidas coordinadas, a ser adoptadas por los diferentes órganos legislativos del Estado, que como se ha visto son numerosos, a fin de alcanzar el objetivo de contar con un sistema jurídico claro y coherente, capaz de brindar seguridad a los ciudadanos.

1.2. Responsabilidad de la Función Legislativa

Antes del Estado de Derecho y de la separación de poderes, el Poder Ejecutivo, el administrador, tenía atribuciones políticas, administrativas y jurisdiccionales extensas, por lo que la sujeción de sus actos a la ley era muy relativa, tenía amplias facultades discrecionales. Los actos irregulares del Monarca, que causaban perjuicio al administrado, no generaban responsabilidad para el Estado ni para el Monarca.

La Revolución Francesa en 1789 impuso en Europa, los grandes principios políticos del mundo moderno; frente al Estado absoluto se reivindicó la individualidad y exaltó la libertad y la propiedad, postulando un régimen político basado en la soberanía nacional residente en la nación, en la delegación de su ejercicio mediante el sistema representativo a las autoridades establecidas en la Constitución, en un régimen sobre la base de la separación de poderes, única fórmula admitida como eficaz para garantizar la libertad y la propiedad privada.

La separación de poderes entonces surge como una técnica de garantía de la libertad, que asegura que cada autoridad tenga un ámbito de funciones establecido, y que exista un sistema de control o contrapeso que permita conservar el equilibrio del poder y evitar su abuso; en otras palabras, consiste en que la Función encargada de hacer la ley, no tenga a la vez las atribuciones de aplicarla y/o juzgar sobre su aplicación; asimismo, que la Función encargada de aplicar la ley, no sea quien la formule, o juzgue sobre su debida aplicación; y, finalmente, que la Función a la que corresponde juzgar sobre la aplicación de la ley, no sea la misma que expide las normas, o las aplica.

El sistema ecuatoriano acoge la división de Funciones, y en la Constitución Política establece los lineamientos fundamentales y las

atribuciones principales de las tres Funciones del Estado: Ejecutiva, Legislativa y Judicial.

De conformidad con el numeral 5º del artículo 130 de la vigente Constitución Política de la República, corresponde al Congreso Nacional expedir, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

La Ley Orgánica de la Función Legislativa, en su artículo 69 dispone que se tendrá por ley a la norma de carácter obligatorio y permanente que verse sobre una materia de interés general¹⁹

En concordancia, el artículo 3 del Código Civil, establece que sólo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio, y ello en aplicación del principio *quis est interpretari legem cujus est condere* (sic), que significa que la interpretación de la ley incumbe a quien la establece²⁰

En el artículo 141 de la Constitución Política de la República se establecen las materias respecto de las cuales existe lo que en doctrina se denomina *reserva de ley*; es decir, materias que pueden ser reguladas únicamente a través de la expedición de una norma que tenga la jerarquía de ley y no por normas menor rango, como por ejemplo aquellas que establecen infracciones de carácter penal, así como los tributos.

Las Secciones Segunda y Tercera, del Capítulo 5 del Título VI de la Constitución de la República, señalan el trámite que se debe observar a fin de que un proyecto llegue a ser una ley; dicho procedimiento comienza con la iniciativa que, de conformidad con el artículo 144, corresponde a los diputados, al Presidente de la República, a la Corte Suprema de Justicia, y a la Comisión de Legislación y Codificación.

¹⁹ LEY ORGANICA DE LA FUNCION LEGISLATIVA, artículo 69.

²⁰ FRADIQUE, Carlos, (2000), *Adagios y Términos Jurídicos Latinos*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, cuarta edición, Bogotá, pg. 26.

En la práctica, la Corte Suprema de Justicia parecería haber renunciado a su derecho a la iniciativa legislativa, pues en los últimos veinticinco años, que sepamos, sólo el proyecto de Ley de Casación ha sido presentado por la Función Judicial a consideración del Congreso, a pesar de que las mejores leyes dictadas en el país a lo largo de su historia fueron a ase de proyectos originados en la iniciativa constitucional de la Corte Suprema.²¹

Los artículos 150 y siguientes de la Constitución, señalan el trámite ordinario, que implica el estudio del proyecto de ley por parte de la Comisión especializada que corresponda, según la materia de la propuesta; la Comisión tiene la obligación de presentar un informe, que constituye el requisito necesario para el primer debate, ya en el seno del Congreso Nacional, durante el cual se podrán presentar las observaciones que fueren del caso; regresa el proyecto a la Comisión a fin de que ésta prepare un nuevo informe para el segundo debate, luego del cual, en el caso de haber sido aprobado, es remitido al Presidente de la República para su sanción.

Doctrinariamente se entiende que la Ley debe ser general y abstracta, esas son dos de sus características principales, pues está destinada a regular la conducta de una sociedad determinada, constituida por seres humanos que gozan de igualdad. El legislador debe atender a esas características cuando expide nuevas leyes; lamentablemente, en el Ecuador, las leyes se expiden no en atención a las necesidades generales, sino por otro tipo de consideraciones; revisemos un ejemplo que ilustra la manera de legislar en nuestro país: la Ley de Régimen Municipal, en su artículo 4 dispone que para crear un Cantón, la circunscripción territorial correspondiente deberá tener un mínimo de cincuenta mil habitantes en total y al menos diez mil en la cabecera cantonal; sin embargo:

Como una curiosidad jurídica, cabe mencionar que para 1999 tan solo 44 cantones, y para el 2000, únicamente 46, se sujetarían a la norma general, así, pues, virtualmente en 170 cantones . casi el 80%

²¹ HIDALGO LOPEZ, Luis, Op. Cit., pg. 25.

del total, esa regla no se cumplió el legislador, que creaba cantones por norma legal especial, dejaba, con frecuencia, de lado esa regla general.²²

Antes de 1998, la Constitución no precisaba cuáles eran los tipos de leyes existentes, ni su preeminencia, lo que ocasionó que se instaure la costumbre de legislar por excepción; cuando las excepciones se multiplican, terminan por anular todo intento por establecer principios universales mínimos que rijan a todos por igual.²³ Por otro lado, "Las resoluciones adoptadas por la Función Legislativa se han convertido en un medio para presionar al Ejecutivo y alterar su toma de decisiones."²⁴

Haciendo abstracción del problema de gobernabilidad que este problema genera, desde el punto de vista estrictamente jurídico, las contradicciones a que dio lugar esta práctica, permitieron que las normas se interpreten subjetivamente y conforme a la necesidad o conveniencia de los interesados, ocasionando en consecuencia una grave situación de inseguridad, en tanto se rompe el principio de igualdad.

De lo dicho se desprende que la expedición por parte del H. Congreso Nacional de leyes especiales, en muchos casos ha contribuido a la ruptura de las reglas generales que establece el propio sistema jurídico.

Desde el retorno de la democracia en el Ecuador, el mayor problema que ha existido en nuestro país, es la pugna entre las Funciones Ejecutiva y Legislativa, ocasionada entre otras causas, por la posibilidad del veto total o parcial que tiene el Presidente de la República, y que le permite mantener cierto control sobre el legislativo, lo que se ha calificado como poder reactivo

²² GUZMAN, Marco Antonio, (2000), Realidad Nacional, Descentralización y Autonomías, Cuadernos sobre Descentralización, CORDES-Konrad Adenauer, Quito, pg. 34.

²³ CORDES, (1999), La Ruta de la Gobernabilidad, Quito, pgs. 184, 185.

²⁴ CORDES, Op. Cit., pg. 185.

o que permite mantener el *status quo* en materia legislativa bloqueando las posibles iniciativas provenientes del Legislativo²⁵

Otro problema importante en este ámbito, es la cambiante relación de fuerzas dentro del Congreso Nacional, reflejada en la inestabilidad de los bloques parlamentarios, lo que impide que las relaciones con el Ejecutivo gocen de alguna certeza. En tales circunstancias, es difícil que se logren consensos que permitan la expedición de las normas que el país necesita.

Otra práctica legislativa inconveniente, adoptada por el H. Congreso Nacional, es la de expedir nuevas leyes y al mismo tiempo, modificar, reformar y derogar otras; para evitar la determinación expresa de las reformas y derogatorias, el Congreso recurre generalmente al ritualismo de *derogar todo aquello que se le oponga a la nueva ley*.

De conformidad con los artículos 37, 38 y 39 del Código Civil, la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita, total o parcial; es expresa cuando la nueva ley dice explícitamente que deroga la antigua, y tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones incompatibles con la ley anterior; la derogación tácita tiene la particularidad de dejar vigente en la ley anterior, todo aquello que no pugne con las disposiciones de la nueva ley; finalmente, el artículo 39 del Código Civil dispone que la ley especial anterior no se deroga por la ley general posterior, si no se expresa.

El mecanismo de derogatoria genérica que ha adoptado el Congreso Nacional como práctica, ocasiona graves problemas prácticos, pues pocas veces se consigue ensamblar la nueva legislación con coherencia, lo que a su vez da lugar a que se produzca un fenómeno de superposición de normas, que adquiere especial trascendencia cuando se trata de normas que regulan las Funciones del Estado o los derechos de los ciudadanos. Como consecuencia, en la práctica es el interesado quien interpreta de

²⁵ CORDES, Op. Cit., pg., 148.

manera subjetiva las normas, afectando en muchos casos a la paz institucional y social.

La Constitución actual, en el artículo 272, que prevé el orden de prelación de las normas, establece en su segundo inciso que *“Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.”* Si bien la disposición constitucional citada, de alguna manera ha contribuido a reducir la ambigüedad proveniente de la superposición de normas, el problema continuará vigente mientras el legislador no deje de aplicar las diversas prácticas inconvenientes y antitécnicas que ha adoptado.

1.3. Limitaciones de la Función Judicial

Como ya se revisó, de conformidad con el sistema de la separación de Poderes o Funciones, compete a la Función Judicial, la administración de justicia, una de las actividades más importantes y sin duda pilar fundamental del Estado de Derecho.

Hemos revisado panorámicamente las diferentes problemáticas que afectan al sistema jurídico ecuatoriano, de las que se destacan su amplitud e incoherencia; se trata ahora de enfatizar en lo delicado de la actividad que cumple la Función Judicial, así como tratar de determinar si en la actualidad el sistema de administración de justicia, tal como funciona en el Ecuador, constituye o no una garantía de seguridad jurídica.

La Constitución Política de la República, en su Título VIII trata sobre la Función Judicial, y consagra los principios procesales fundamentales, pero por sobre todo dispone en el artículo 192, que el sistema procesal será un medio para la realización de la justicia.

La Justicia es el supremo ideal que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo, según el pensamiento y casi las palabras de Justiniano: *Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*.²⁶

El procesalista uruguayo Eduardo Couture, citado por el Dr. Luis Hidalgo, explica que privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su propia mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado de la Jurisdicción.²⁷

La administración de justicia, a cargo de la Función Judicial, integrada por la Corte Suprema, las diferentes Cortes, Tribunales y Juzgados, tiene a su cargo la atribución de resolver las controversias sometidas a su conocimiento, correspondientes a las diversas ramas del Derecho. Por su parte, al Consejo Nacional de la Judicatura le competen no atribuciones jurisdiccionales, sino de carácter administrativo.

Ciertamente existen aspectos negativos que no se pueden dejar de mencionar; así por ejemplo:

Qualquier intento para combatir la corrupción pasa en primer lugar por la tragedia que significa el Sistema de Administración de Justicia en el Ecuador, caracterizado por la existencia de órganos judiciales objeto de influencia política, la carencia de incentivos y un inadecuado trato al empleado judicial.²⁸

Otro problema que genera inseguridad jurídica en este ámbito, es la disparidad de criterios judiciales sobre una misma materia: Si no se encuentran normas que satisfagan, simplemente se las crea mediante

²⁶ CABANELLAS, Guillermo, (1997), Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires, pg. 222.

²⁷ HIDALGO LOPEZ, Luis, Op. Cit. Pg. 126.

²⁸ CRESPO, Pedro, (1997-1998), La Corrupción en el Ecuador: Enfoque Jurídico, Incidencia en la Seguridad y el Desarrollo, Tesis de Maestría, IAEN, XXV Curso, pg. 136.

razonamientos que, lamentablemente, representan un doble criterio judicial para la misma controversia judicial (sic), objetivamente considerada.²⁹

Sin embargo, es preciso hacer notar que conspiran en contra de la Función Judicial, aspectos estructurales, entre los que se puede citar que el número de jueces es insuficiente para atender la demanda de servicios judiciales, y que hay una inadecuada distribución geográfica de los despachos judiciales, entre otros más graves y difíciles de solucionar, como la cultura de conflicto y el propio sistema procesal.

Los dos primeros factores que se han mencionado, determinan que exista un desequilibrio entre la oferta de servicios, entendiéndose por tal el número de juzgados existentes en el territorio ecuatoriano, y la demanda, esto es la cantidad de procesos que se inician por parte de la población. La distribución geográfica de los juzgados y tribunales en el país es inadecuada, pues no se realiza en función de los requerimientos de servicios judiciales, debido a que no se cuenta con un estudio técnico sobre el tema, lo que determina una absoluta desproporción en el trabajo.

A base del informe del Departamento de Registro y Control de Consejo Nacional de la Judicatura, correspondiente al mes de diciembre de 1999, el Dr. Fabián Zurita, cita como ejemplos los casos del cantón La Bonita, de la Provincia de Sucumbíos, en el que existe un Juzgado Penal, que sustancia un promedio de seis causas al año, mientras en Tulcán, Provincia del Carchi, existen cuatro Juzgados Penales que tramitan un promedio de 1100 causas por Juzgado al año³⁰.

De los ejemplos referidos se desprende que la desproporción surge no solo del volumen de trabajo sino del personal a cargo de las causas, igual en número, pese a la diferencia en la cantidad de trabajo. De conformidad con

²⁹ HIDALGO LOPEZ, Luis, Op. Cit, pg. 113.

un informe preparado por el Banco Interamericano de Desarrollo, correspondiente al año 1994, ~~%~~ existe la necesidad de desarrollar un sistema que redistribuya las cargas de los diversos juzgados, ya que existe un gran desbalance que está afectando la parte operativa.³¹

Frente a esta realidad, coincido con el criterio del Dr. Luis Hidalgo, en el sentido de que

~~%~~ no es culpable el juez de base, si de buscar culpables se trata, porque el número de causas ingresadas por sorteo en su juzgado se cuentan por miles por año. Si partimos de que el juez trabaja cincuenta semanas al año, de cinco días laborables cada una, obtenemos doscientos cincuenta días laborables. Si llega a dictar resolución en dos procesos diarios, además de todas las providencias que debe dictar y de su presencia física en múltiples diligencias de prueba, obtendremos que es un rendimiento humano excelente. Con ese rendimiento óptimo, podría resolver quinientos procesos por año, o sea el equivalente al cincuenta por ciento de la carga de trabajo anual, que se estima en un millar de casos.³²

En cuanto a las causas de más difícil solución, la cultura de conflicto que se vive en nuestro país merece atención especial, pues si bien en principio, al menos desde el punto de vista ético-moral, para iniciar un proceso se debe contar con el respaldo del derecho, es decir que para demandar a alguien, quien ejerce la acción debe estar fundamentado en razones de hecho y de derecho que apoyen sus pretensiones, en la actualidad esa consideración ética ya no se hace, simplemente se inician los juicios, con o sin razón, de manera que

~~%~~ la ~~%~~ paz franciscana+ característica del ecuatoriano se ha convertido en una cualidad histórica. Hoy prevalece una cultura de conflicto, de pelea, de enfrentamiento entre ecuatorianos, cultura de conflicto que está atosigando a la Función Judicial que con su

³⁰ ZURITA, Fabián, (2000), Diagnóstico de la Administración de Justicia y Propuestas para su Reforma, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia, PUCE, Quito, pg. 99.

³¹ BID, (1994), Conclusiones del Proyecto de Modernización a la Función Judicial, Quito-Ecuador, citado por Zurita Fabián, Op. Cit., pg. 103.

³² HIDALGO LOPEZ, Luis, Op. Cit., pg. 135

La capacidad instalada no puede responder con eficiencia a la demanda de servicios para poner fin a las peleas entre ecuatorianos.³³

Por otro lado, el sistema procesal, al ser escrito, torna lento al juicio; la demora en la resolución de los procesos por parte de los distintos juzgados y tribunales que integran la Función Judicial ecuatoriana, constituye, ciertamente, uno de los más graves problemas que la aquejan, y sin duda crea el ambiente propicio para otros aún peores, pero hay que tomar en cuenta que con los diferentes escritos que presentan las partes, las providencias que dicta el juez o tribunal, las actas de notificaciones y de las audiencias, los informes periciales, las declaraciones de testigos, actas de inspecciones, exhibiciones de documentos, reconocimientos de firmas, etc, poco a poco los expedientes judiciales se van convirtiendo en gruesos legajos que dificultan su estudio al juzgador, de manera que, hasta cierto punto, se podría decir que la demora es humana.

El Ecuador no es el único lugar del mundo en el que los procesos judiciales se tardan años en resolver, este problema se presenta en todos los países cuya administración de justicia se basa en el proceso escrito, como el caso de España por ejemplo.

Es imprescindible implementar la oralidad, que permite que se cumpla uno de los principios más importantes del Derecho Procesal, que es el de la mediación, que consiste en que el juez pueda mantener un contacto directo con las partes, y con las demás personas que intervienen en el juicio, lo que a su vez le facilita formar su criterio de mejor manera, y favorece la transparencia en la administración de justicia.

Esto no constituye de manera alguna una novedad, sino que por el contrario es una vieja aspiración de la sociedad ecuatoriana. Tratadistas

³³ HIDALGO LOPEZ, Luis, (2002, septiembre), Cultura Ecuatoriana de Conflicto, carta del mes, Lexis.

como Víctor Manuel Peñaherrera, desde comienzos del siglo XX, ya dieron su opinión favorable para la implementación de la oralidad en el Ecuador.

La Constitución Política de la República, en su artículo 194 dispone que ~~la~~ sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral ~~+~~ sin embargo, la legislación secundaria ecuatoriana no se ha adecuado aún, con la casi exclusiva excepción del Nuevo Código de Procedimiento Penal, y en consecuencia, el proceso ecuatoriano continúa siendo esencialmente escrito.

Si la oralidad es un medio eficiente para que el proceso cumpla su finalidad, ¿no será tiempo de que se actualicen las normas procesales? Esa es la obligación del Congreso Nacional.

Pero no todo es negativo, la Función Judicial está dando pasos hacia adelante; según lo refiere El Comercio, en su edición del 10 de diciembre del 2002, por iniciativa del señor Presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia, se ha implementado un sistema digital, que se denomina ~~to~~ touch screen~~+~~, dentro del proceso de modernización de la Función Judicial, que ya ha sido inaugurado en los juzgados penales y civiles de Quito y ahora de Guayaquil, y que permitirá que los usuarios de servicios judiciales realicen las respectivas consultas sobre el estado procesal de los juicios, evitando así la intervención de tinterillos, y promoviendo el ~~la~~ control ciudadano~~+~~.

La vulnerabilidad de todas las entidades que conforman el sector justicia imposibilita que la seguridad jurídica sea una realidad, porque el ciudadano se ve indefenso ante los abusos de los particulares y del mismo Estado, lo que le produce un sentimiento de inseguridad que proviene de la incertidumbre del respeto a su vida, su patrimonio y sus derechos, y de la expectativa de que no habrá castigo a los infractores de la ley.

La existencia de un sistema judicial eficiente, constituye un elemento de vital importancia para el logro de seguridad jurídica. Una administración

de justicia que otorgue suficientes garantías de que los derechos de los ciudadanos serán respetados, y que ponga a disposición de los actores económicos un escenario adecuado para dirimir sus diferencias, siempre ha sido de vital importancia para el desarrollo económico de un país, por tanto si se pretende aumentar los niveles de inversión como eje del desarrollo, debe entonces tenerse muy en cuenta la necesidad imperiosa de contar con un eficiente, justo y oportuno sistema de administración de justicia, esto debido a que sólo lo más osados inversionistas, y no siempre los más deseables, se arriesgarían a invertir su dinero en un país donde no existan garantías de que, en caso del surgimiento de una litis cualquiera, sus derechos serán respetados y sólo lo establecido por las leyes determinará la solución del conflicto.

Si pretendemos que nuestro país goce de seguridad jurídica, es imprescindible que cada una de las Funciones en que el Poder Público se divide, actúe con independencia y evite interferir en las competencias de las demás, sin dejar de coordinar sus esfuerzos y acciones hacia el bien común, en el marco del respeto y, obediencia a las normas jurídicas.

De esta suerte, si cada Poder se dedica con acierto a lo que le toca, Montesquieu tendrá la razón, se fortalecerá la legalidad, nadie echará la culpa de sus errores a los otros y democracia y justicia deberían ser la doble marca de nuestro siglo XXI³⁴

³⁴ QUEVEDO TERAN, Patricio, (2002, diciembre 11), ¡El Invento de Montesquieu!, El Comercio, Quito, pg. A5.

CAPITULO II

PRINCIPALES CAUSAS DE INSEGURIDAD JURÍDICA

Luego de la revisión que se ha realizado sobre el estado del sistema jurídico en el Ecuador, resulta indispensable identificar y analizar las principales causas que generan inseguridad jurídica en nuestro país, algunas de las cuales fueron ya mencionadas brevemente en el capítulo anterior.

Si se parte desde los motivos más remotos, y tal vez los más difíciles de combatir, no se pueden dejar de mencionar como elementos que, sin duda, promueven la inseguridad jurídica, la pérdida de los valores morales tanto individuales como públicos que, lastimosamente, afecta a nuestra sociedad, así como la incidencia de los intereses políticos al momento de aplicar las normas en ciertos niveles. Estos son aspectos que influyen al momento de interpretar subjetivamente la ley o cualquier norma jurídica, a fin de acomodarla a las circunstancias particulares, esto es sin aplicar el principio general del Derecho que dispone: *in re dubia melius est verbis edicti servire*, que significa *En caso de duda, lo mejor es atenerse a la letra de la ley*, lo que implica que *ni el abogado, ni el juez, pueden arbitrariamente cambiar el texto, ni el espíritu de la ley.*³⁵

A continuación se detallan las que desde nuestra perspectiva, constituyen causas estructurales, esto es resultantes del sistema, y que generan inseguridad jurídica:

¹ FRADIQUE MENDEZ, Carlos, (2000), *Adagios y Términos Jurídicos Latinos*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, cuarta edición, Bogotá, pg. 31.

2.1. El Excesivo Número de Normas.-

La ley ha acompañado al Derecho desde su origen; en Grecia y Roma las leyes eran lacónicas y por tanto fácilmente retenibles en la memoria del pueblo; posteriormente aparecen las codificaciones, en las cuales se sistematizan las normas en un orden lógico, cierto, seguro y estable; existe desde entonces la idea de que el Derecho tiene que expresarse a través de leyes.

Rousseau, en El Contrato Social, formula ya un concepto de ley en el que destaca su característica principal, el de ser general, tanto en su origen, la voluntad general, como en el objeto que regula; la generalidad de la ley es característica de la que se desprende a su vez su justicia, pues nadie puede ser injusto consigo mismo. Cuando García de Enterría comenta este fragmento de El Contrato Social, concluye que:

En esa generalidad de origen y de objeto de la Ley estaría su milagroso mecanismo. Fruto de la voluntad general, se resuelve en mandatos necesariamente generales. Esto será, precisamente, lo que hace a la Ley infalible, incapaz de error. Diderot lo dirá con convicción que nos desarma (cuando tan escarmentados estamos hoy de las leyes actuales, como luego veremos): Las voluntades particulares son sospechosas; pueden ser buenas o malas; pero la voluntad general es siempre buena; no ha engañado nunca, no engañará jamás.³⁶

La ley constituye el mejor instrumento de protección de la libertad; en materia de Derecho Público el principio de legalidad es insustituible para garantizar el funcionamiento del Estado, para determinar las competencias de los diferentes órganos que ejercen el poder público, limitando sus actuaciones e imponiendo el respeto a la libertad y al derecho de los ciudadanos.

³⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, (1999), Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas, Civitas Ediciones, Madrid, pg. 24.

Sin embargo, en los diferentes países cuyo Derecho tiene origen romano, esto es escrito, de un tiempo hacia acá, la legislación ha sufrido un proceso de multiplicación difícil de contener, acompañado de un desarrollo desenfrenado de normas de carácter reglamentario que complementan las leyes; es así como ~~la~~ sociedad se nos aparece inundada por una marea incontenible de Leyes y de Reglamentos no sólo no estables, sino en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético.³⁷

La ~~había~~ lentitud a la que se refirió Hauriou a inicios del siglo XX, que permitía el estudio y reflexión sobre las leyes, de manera que cuando se expedían pasaban a perfeccionar y pulir el marco riguroso que los Códigos habían establecido, se transformó en lo que Carl Schmitt en 1946 llamó la ~~legislación~~ motorizada. Ortega, citado por García de Enterría en su obra Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas, ya en 1953 en una conferencia dijo: ~~la~~ legislación se ha hecho cada vez más fecunda, y en los últimos tiempos se ha convertido en una ametralladora que dispara Leyes sin cesar, y luego añadió: ~~Se~~ se ha establecido, la tendencia natural en el Estado a reglamentarlo todo³⁸, a lo que se puede agregar que con ello se ha afectado un valor sustancial de la vida humana, la seguridad jurídica.

En los últimos tiempos el problema lamentablemente se ha agudizado, e incluso ha determinado que cambie el tradicional concepto sobre la ley; antes se entendía que la función de las leyes era la de definir un orden abstracto de justicia, estable y permanente, de manera que los ciudadanos pudieran organizar sus vidas con certeza y seguridad, conociendo los límites a su libertad, y el exacto grado de sumisión frente al poder público, establecidos por la ley; pero, en la actualidad la ley ya no responde a un criterio general y abstracto, ni debe ser permanente, sino que pretende

³⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Op. Cit., pg. 48.

³⁸ ORTEGA, citado por GARCIA DE ENTERRÍA, Op. Cit., pg. 48.

resolver problemas concretos, se ha transformado en lo que Schmitt denomina *ley-medida*, para referirse a una norma ocasional, que está destinada únicamente a enderezar una situación determinada, en consideración a un objetivo específico más que en función de la justicia abstracta.

En Derecho Público, por la aplicación del principio de legalidad según el cual las atribuciones de la administración deben provenir del ordenamiento jurídico que expresa o implícitamente las establezca, y debido al engorroso procedimiento para expedir y reformar las leyes, se ha pretendido acortar el camino, a través de un fenómeno peculiar que consiste en que todo se reglamenta, con lo cual muchas veces se crean para los administrados obligaciones que no estaban previstas en la ley que se dice reglamentar, o rápidamente se modifican reglas.

El uso sistemático en este campo de la potestad reglamentaria (de utilización tan fácil para la burocracia) hace especialmente fluido el proceso de elaboración y cambio normativo, hasta el punto de hacer de este problema uno de los más relevantes en la aplicación e interpretación del ordenamiento administrativo.³⁹

La superabundancia de regulaciones, que torna inmanejable el ordenamiento jurídico e incrementa la falta de seguridad jurídica, fue ya motivo de comentario en el capítulo anterior, en el que se hizo notar que el gran número de normas de diferentes jerarquías, que rigen en nuestro país, se debe entre otras causas a la gran cantidad de *órganos legislativos* que existen en el Ecuador, pues además del H. Congreso Nacional, tienen atribución para dictar normas de carácter general, los diferentes órganos de la Función Ejecutiva, así como los organismos de control, etc.

A fin de no redundar en el tema, nos limitaremos aquí a insistir en que el problema radica no solo en el número de normas, que por sí solo ya

³⁹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Op. Cit., pg. 52.

dificulta el estudio de la legislación ecuatoriana, pues es humanamente imposible pretender conocer la totalidad de la legislación vigente, sino que el principal inconveniente consiste en la falta de coherencia entre las distintas normas que regulan una misma materia, lo que revela una inconsistencia de carácter técnico.

En lo que se refiere a las normas jurídicas con jerarquía de ley, ya se revisó el procedimiento que debe observar el Congreso Nacional para tramitar un proyecto; en este acápite se quiere resaltar que siendo la elaboración de la ley un asunto de carácter técnico-jurídico, en consecuencia en su estudio y preparación deberían intervenir profesionales idóneos.

La Constitución Política de la República omite establecer requisitos para acceder a la dignidad de diputado, y por su parte la Ley de Elecciones, en el literal b) de su artículo 56, se remite a la norma suprema cuando dispone que para ser candidato a diputado, se deberán reunir los requisitos señalados en la Constitución; es decir que en la práctica no existen requisitos mínimos para acceder a la calidad de legislador, lo que ha dado lugar a que el H. Congreso Nacional se integre por personas que en algunas ocasiones no han terminado siquiera la instrucción básica, y que en consecuencia no tienen formación profesional alguna y tampoco conocimientos en el campo jurídico.

Si la elaboración de la ley es un asunto que requiere la aplicación de técnica jurídica, y la gran mayoría de los legisladores son legos en la materia, entonces no es difícil deducir que la producción legislativa ecuatoriana adolecerá de graves vicios, insalvables mientras se mantenga la actual estructura del H. Congreso Nacional.

Por otro lado, es lamentable observar que en el Ecuador se legisla con dedicatoria; ya revisamos en la primera parte de este trabajo un ejemplo ilustrativo de esta realidad, relacionado con la creación de cantones a

través de normas especiales y sin observar las disposiciones de la Ley de Régimen Municipal; a dicho ejemplo podríamos añadir muchos más, demostrativos de esta práctica legislativa, como el caso de las leyes por las cuales se han condonado deudas constituidas a favor del Banco Nacional de Fomento, colocando a dicha institución en una difícil situación que la ha llevado casi a la liquidación.

La mayoría de los proyectos de ley que se publican en el Registro Oficial, ~~se~~ se orientan a contentar a un clientelismo político a través de condonaciones de intereses o la creación de organismos aspirados por una comunidad local o regional.⁴⁰

La situación se agrava por un fenómeno importado, como casi todo lo que en el campo del Derecho hacemos, el de las llamadas ~~leyes~~ leyes ómnibus, término que utiliza García de Enterría para referirse a las que en nuestro país se conocen como las ~~leyes~~ leyes Trole, que no regulan una materia determinada sino que introducen modificaciones en distintos cuerpos legales.

~~Todo~~ Todo este extraño y anómalo proceder del Legislativo no está hecho precisamente para facilitar el conocimiento . y, por tanto, la fluida aplicación- de las Leyes, y más bien hace de la posibilidad de ese conocimiento casi una hazaña esforzada, que sólo algunos expertos -entre los que, por supuesto, no me atrevería a decir que yo mismo me cuente- son capaces de llevar a término, si alguno.⁴¹

El citado comentario del jurista español García de Enterría, es plenamente aplicable a la situación de la legislación ecuatoriana, pues la introducción ~~en~~ en masa de reformas contribuye a incrementar la inestabilidad legislativa y a agravar su ya difícil conocimiento.

⁴⁰ HIDALGO LOPEZ, Luis, (1999), La Telaraña Legal, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, pg. 77.

⁴¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Op. Citl, pg. 88.

El fenómeno de producción masiva de las normas legales y reglamentarias, ha determinado que sea la Constitución, como norma suprema, la que destaque y determine la estabilidad del sistema jurídico, y que el Tribunal Constitucional tenga en sus manos la función de asegurar la unidad del ordenamiento, basada justamente en la preeminencia de la Constitución, mientras que la ley hasta cierto punto ha sido desjerarquizada.

A esta realidad se suma la negativa intervención de los restantes ~~%~~órganos legislativos, a los que la Constitución y las diferentes leyes, confieren competencia para expedir normas de carácter general, y que usualmente emiten reglamentaciones sin verificar previamente su coherencia con el sistema jurídico. Entre ellos, cabe mencionar a los siguientes:

- El Presidente de la República

De conformidad con el artículo 171 numeral 5º de la Constitución Política de la República, el Presidente de la República tiene atribución para dictar reglamentos. En concordancia, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en su artículo 11 denomina actos administrativos normativos, a aquellos que expide el Presidente de la República con el carácter de general, que son emitidos mediante Decreto Ejecutivo que se publica en el Registro Oficial.

Cassagne considera que la actividad reglamentaria es materialmente legislativa o normativa, pues consiste en dictar normas jurídicas generales y obligatorias, por parte de órganos administrativos que actúan dentro de la esfera de su competencia. Lo define como el acto unilateral que emite un órgano de la administración pública, creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regulan por tanto, situaciones objetivas e impersonales.

Para Duguit, reglamento es toda disposición de carácter general que emana de órgano distinto del parlamento. Sayagues Lazo lo considera un instrumento jurídico esencial de la administración, por el cual regula uniformemente la actividad de los administrados, de los funcionarios y su propia conducta; y efectivamente, en términos cuantitativos, el reglamento es la fuente de mayor importancia del Derecho Administrativo.

Los reglamentos integran el ordenamiento jurídico, pero para regir requieren publicación en el Registro Oficial, fecha desde la cual producen efectos. En este punto se asemejan a las leyes, pero difieren de ellas en cuanto a jerarquía, origen y procedimiento. Otra característica a la que responden es que pueden ser derogados total o parcialmente, o modificables por el mismo órgano para adecuarlos a las necesidades públicas, siempre que las modificaciones respeten las normas legales vigentes.

En los Reglamentos que han dictado en su momento los diferentes Jefes de Estado en nuestro país, en algunas ocasiones se han introducido materias no previstas en las leyes que reglamentan, así como requisitos previos que los administrados deben cumplir para ser atendidos por la administración, ~~no~~ conculcando las garantías constitucionales de libertad de trabajo, comercio, industria y contratación, que avalan que tales limitantes solamente pueden ser creados en ley expresa.⁴²

- Los Ministros de Estado

En el caso de los Ministros de Estado, sus actos administrativos se expiden tomando la denominación de Acuerdos Ministeriales, los mismos que se deben someter y por tanto guardar concordancia con las normas jurídicas de mayor jerarquía.

⁴² HIDALGO LOPEZ, Luis, Op. Cit., pg. 28.

De conformidad con el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 31 de la Ley de Modernización, todo acto proveniente de una autoridad debe ser motivado, lo que implica que el respectivo Ministro tiene el deber de determinar los fundamentos constitucionales o legales del acto que emite, de los que surgirá además su competencia, tomando en cuenta el ya citado principio de legalidad que rige la actividad administrativa.

De contener normas de carácter general, los Acuerdos Ministeriales deben ser publicados en el Registro Oficial y constituyen normativa secundaria, cuyo cumplimiento es obligatorio, de ahí la importancia de que guarden la debida concordancia con las restantes normas jurídicas de mayor jerarquía.

- Los Organismos de Control

La Constitución Política de la República, establece varios organismos de control, cada uno de los cuales tiene su respectiva ley orgánica, así: la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, el Ministerio Público, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, y las Superintendencias de Bancos, de Compañías y de Telecomunicaciones.

Cada uno de estos organismos dispone además de su propio Reglamento Orgánico Funcional, y según su ámbito de competencia puede expedir normas de carácter general que crean obligaciones a las entidades controladas; dicha normativa integra el sistema jurídico ecuatoriano y es abundante.

- El Banco Central del Ecuador

El artículo 263 de la Constitución Política de la República confiere al Directorio del Banco Central, la atribución de expedir regulaciones con fuerza generalmente obligatoria, las mismas que se deben publicar en el Registro Oficial.

En uso de dichas atribuciones, el Banco Central del Ecuador expide Resoluciones que se hallan publicadas en diferentes ediciones del Registro Oficial, pero para facilitar su consulta y aplicación se hallan codificadas en Libros, Títulos y Capítulos. El primer Libro se refiere a la Política Monetaria y Crediticia, el Segundo a la Política Cambiaria, y el Tercero contiene Disposiciones Operativas y Administrativas.

Las Regulaciones del Banco Central versan en gran parte sobre materia financiera; temas como encaje bancario, negociación de títulos valores, tasas de interés, normas sobre las cámaras de compensación, pagos interbancarios, etc., de obligatorio cumplimiento para las instituciones financieras que integran tanto el sistema financiero público como el privado, se encuentran establecidas en dichas Regulaciones.

- Los Consejos Superiores o Nacionales

Los Consejos Superiores o Consejos Nacionales, son órganos colegiados creados por diversas leyes, integrados por representantes de entidades públicas.

En nuestra legislación, existen gran cantidad de organismos de esta naturaleza, entre los que podemos mencionar únicamente de manera ejemplificativa a los siguientes: el Consejo Nacional de Aviación Civil, el Consejo Nacional de Marina Mercante y Puertos, el Consejo Nacional de

Tránsito y Transporte Terrestres, el Consejo Nacional de Recursos Hídricos, el Consejo Nacional de Salud, el Consejo Nacional de Fijación de Precios de Medicamentos de Uso Humano, el Consejo Nacional de Zonas Francas, el Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas, el Consejo Nacional de Alfabetización, el Consejo Nacional de Educación, el Consejo Nacional de Estadística y Censos, el Consejo Nacional de Deportes, el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión, el Consejo Nacional de Rehabilitación Social, el Consejo Nacional de Modernización, el Consejo Nacional de Empleo, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones, el Consejo Nacional de Electrificación, etc.

La legislación principal y secundaria que regula el funcionamiento de estos órganos colegiados, les confiere competencia para expedir normas, que toman el carácter de Resoluciones, y que son de cumplimiento obligatorio.

- El Régimen Seccional Autónomo

Los Consejos Provinciales, los Concejos Municipales y las Juntas Parroquiales, integran lo que la Constitución Política de la República denomina gobiernos seccionales autónomos.

Tanto la Constitución Política de la República, como las leyes orgánicas de régimen provincial, régimen municipal y juntas parroquiales, establecen las atribuciones de cada uno de estos entes, además de aquellas que les asignan la Ley Especial de Descentralización del Estado y de Participación Social, así como la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano.

El artículo 228 de la Constitución en su inciso segundo dispone que los gobiernos provincial y cantonal en uso de su facultad legislativa podrán

dictar ordenanzas, crear, modificar y suprimir tasas y contribuciones especiales de mejoras.

Estos organismos, en consecuencia, tienen facultad legislativa, la cual se manifiesta a través de las respectivas Ordenanzas, que son de obligatorio cumplimiento en la respectiva circunscripción territorial.

2.2. La Presunción de Conocimiento de la Ley Frente a la Imposibilidad Física de Conocer Efectivamente Todo el Universo Jurídico

Las normas jurídicas, en tanto regulan derechos y deberes, deben ser conocidas por aquellos a quienes van dirigidas, para que puedan a su vez ser cumplidas. La publicación en el Registro Oficial, de las leyes y normas de carácter general, se ha concebido como el mecanismo que permite su divulgación, sin embargo como se va a revisar más adelante, por sí sola esta herramienta ha demostrado ser insuficiente.

La promulgación es el ~~%~~Acto por el cual el Jefe de Estado declara oficialmente la existencia de la ley y la hace ejecutiva.⁴³; es ~~%~~la autorización formal de una ley u otra disposición general por el jefe del Estado, para su total conocimiento y cumplimiento.⁴⁴ La ~~%~~publicación+es ~~%~~El acto de llevar a conocimiento general de los ciudadanos y habitantes de un país un texto legal, lo cual suele hacerse por la inserción del mismo en la Gaceta o Diario Oficial.⁴⁵

La promulgación es esencial a la ley, pues sin ella no podría llegar a conocimiento de la comunidad, y por tanto no podría obligar. ~~%~~La escritura

⁴³ GUILLIEN, Raymond, y VINCENT, Jean, (1996), Diccionario Jurídico, Editorial Temis, Bogotá, pg. 316.

⁴⁴ CABANELLAS, Guillermo, (1997) Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires, pg. 324.

⁴⁵ CABANELLAS, Guillermo, Op. Cit., pg. 328.

responde a la demanda de publicidad de la norma, a la posibilidad de ser conocida por aquellos a quienes obliga su cumplimiento.⁴⁶, lo contrario determinaría que los destinatarios de la ley, no gocen de certeza en sus relaciones, lo que se refleja dramáticamente cuando Kafka escribe: *Nuestras leyes no son conocidas por todos, son un secreto reservado al pequeño grupo que nos domina. Estamos convencidos que estas antiguas leyes se aplican escrupulosamente, pero nos resulta extremadamente penoso estar gobernados por leyes que ignoramos.*⁴⁷

En nuestro país el Diario Oficial en el que se deben publicar todas las normas de carácter general se denomina Registro Oficial. De conformidad con la Disposición Transitoria Cuadragésima Tercera de la Constitución Política de la República, el personal, bienes y presupuesto del Registro Oficial dependerá del Tribunal Constitucional hasta que el Congreso Nacional expida la ley que establezca su autonomía.

La citada Disposición Transitoria establece que la Ley del Registro Oficial debería aprobarse dentro del plazo de un año; en concordancia, la Disposición Transitoria Cuadragésima Quinta de la propia Constitución, establece que los plazos previstos en ella se contarán a partir de la fecha de su vigencia, que según la Disposición Final de la norma suprema sería el día de posesión del Presidente de la República en el año 1998, esto es el 10 de agosto de 1998. A la fecha, pese a que el plazo ha vencido, no se ha expedido la Ley del Registro Oficial, que en consecuencia continúa bajo la dependencia del Tribunal Constitucional.

El Código Civil ecuatoriano en su Título Preliminar contiene un párrafo, el segundo, dedicado a regular lo relacionado con la promulgación de la ley. El artículo 5 de este cuerpo legal, reformado por el artículo 1 de la

⁴⁶ PEREZ LUÑO, Antonio, (1994), *La Seguridad Jurídica*, Editorial Ariel, segunda edición, Barcelona, pg. 32.

⁴⁷ KAFKA, Franz, citado por Pérez Luño Antonio, *Op. Cit.*, pg. 32.

Ley No. 47, publicada en el Registro Oficial No. 223 de 26 de diciembre de 1997, establece que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, que deberá hacerse en el Registro Oficial, y añade que la fecha de promulgación será la fecha de dicho Registro.

En concordancia, el artículo 6 ibídem, sustituido por el artículo 2 de la citada Ley No. 47, establece que la Ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces. El segundo inciso agrega que la propia ley podrá, sin embargo, designar un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación.

Antes de la reforma introducida por la Ley No. 47, esto es hasta 1997, el artículo 6 del Código Civil disponía que la ley sería obligatoria después de seis días contados desde la fecha de su promulgación, para la capital de la República, y en cualquier otro cantón, después de estos seis días, se debía añadir otro más por cada veinte kilómetros de distancia entre las cabeceras de ambos cantones.

El artículo 13 del Código Civil ratifica la presunción de conocimiento de la ley, cuando dispone que la ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros, y su ignorancia no excusa a persona alguna.

La presunción de conocimiento de la ley, obedece a la necesidad de que exista certeza en las relaciones jurídicas, pues si cualquier persona pudiera alegar a su favor el desconocimiento de la ley como excusa para el incumplimiento de obligaciones, existiría una permanente inseguridad, de manera que entendemos que la presunción garantiza el orden social y supone entonces que la ley obliga tanto a quienes la ignoran, como a aquellos que han tenido la oportunidad de conocerla.

En un Estado de Derecho, la ~~%~~ignorantia iuris+ no opera como imperativo de que todos deban conocer la ley, ni como presunción de que

efectivamente toda la población la conoce, pues ello es físicamente imposible, sino que el sentido no es otro que el de garantizar los principios de validez y eficacia del Derecho, que exige una sujeción general tanto del poder público como de los ciudadanos, al ordenamiento jurídico.

La función de la ignorancia del Derecho en el Estado de Derecho es la de asegurar que la validez y la eficacia general de las normas no se hallará supeditada a pretextos de su desconocimiento por parte de los destinatarios obligados por ellas.⁴⁸

Sin embargo, un problema práctico que surge del sistema de divulgación de las normas de carácter general, es el hecho de que el acceso a los ejemplares del Registro Oficial, se encuentra limitado únicamente a aquellos profesionales del Derecho que se suscriben al servicio, así como a las personas, que adquieren ciertas ediciones de su interés particular, lo que impide que la generalidad de la población tenga efectivo conocimiento de la normativa vigente en el país.

Por otro lado, como ya se revisó, si bien existe la obligación de que el texto de las normas generales se publique íntegramente en el Registro Oficial, no siempre ocurre ello, pues existen por ejemplo acuerdos ministeriales que se limitan a aprobar manuales y normas técnicas, sin divulgarlos.⁴⁹, lo que impide que se conozcan sus regulaciones.

La inflación normativa a que se hacía referencia en el acápite anterior, unida al hecho de su frecuente reforma y modificación, así como a la complejidad y ambigüedad de las normas, unida al limitado acceso al Registro Oficial, prácticamente imposibilitan que la generalidad de las personas, destinatarias de dichas normas, puedan tener posibilidad real de conocerlas. En realidad el Derecho resulta inaccesible inclusive para los propios especialistas, pues:

⁴⁸ PEREZ LUÑO, Antonio, Op. Cit., pgs. 106, 107.

⁴⁹ HIDALGO LOPEZ, Luis, Op. Cit., pgs. 82, 83.

El flujo incesante de leyes y decisiones jurisprudenciales, cuyo exacto y puntual conocimiento es imprescindible para el funcionamiento correcto del sistema jurídico, hace materialmente imposible sus discernimiento, interpretación y aplicación por los operadores jurídicos.⁵⁰

Se encuentra entonces un verdadero conflicto entre la presunción de conocimiento de la ley, necesaria para dotar de certeza al sistema jurídico, y el hecho justo de que no deberían derivarse consecuencias jurídicas desfavorables para quien sin culpa desconoce el derecho.

El socialismo jurídico, un movimiento surgido en el siglo XIX, consideró que:

Si el Estado establece la presunción de que todo súbdito conoce la legislación . denunciaba Menger- oñ considera en general la ignorancia como negligencia, debe ofrecer al proletariado la posibilidad de procurarse con facilidad y de un modo seguro el conocimiento de las leyes."⁵¹

El Derecho presupone y pretende que un obrero, un pobre, un analfabeto sepa lo que no sabe frecuentemente un hombre técnico, y que frecuentemente ignora el instruido, y el rico, pero el cual tiene siempre a su disposición una turba de abogados.⁵², de lo que se desprende una grave injusticia social, en tanto implica una ruptura del principio de igualdad.

Alfredo Calderón, en su estudio sobre los efectos jurídicos de la ignorancia, hace notar como la presunción de conocimiento de la ley resulta injusta en sociedades en las que existe desigualdad en el acceso a la cultura, de donde surge la insuficiencia de publicar la ley en un periódico oficial únicamente, como mecanismo para su divulgación, pues la promulgación de las leyes a través de la escritura a quienes no saben leer resulta tan vana

⁵⁰ PEREZ LUÑO, Antonio, Op. Cit., pg. 64.

⁵¹ MENDER, Anton, citado por PEREZ LUÑO, Antonio, Op. Cit., pg. 100.

⁵² PEREZ LUÑO, Antonio, Op. Cit. Pgs. 100, 101.

como pregonarlas en un pueblo de sordos, o mostrarlas a una nación de ciegos.⁵³

Para Calderón, cuando el Estado establece la presunción de conocimiento de la ley, contrae la obligación de desterrar la ignorancia y la pobreza, pero aún en ese supuesto, continuaría existiendo la dificultad de los ciudadanos de dedicar tiempo al estudio de una legislación en constante modificación.

Una posición más radical, la de Joaquín Costa, considera que es imposible hacer efectiva en una sociedad moderna de innumerables leyes, la exigencia de su conocimiento, por lo cual ~~no~~ son verdaderamente leyes sino aquellas que el pueblo conoce y refrenda cumpliéndolas.⁵⁴, de manera que el pueblo tiene el derecho de no cumplir, de no aplicar las leyes cuando éstas fueran contrarias a los intereses populares. Esta posición doctrinaria se ha denominado la ~~teoría~~ Teoría del Reconocimiento, según la cual la obligatoriedad de la ley nace o se deriva de su aceptación por los destinatarios, que la aplican por costumbre, lo que supone una promulgación ad referendum.

En su obra ~~El~~ Problema de la Ignorancia del Derecho y sus Relaciones con el Status Individual, el Referéndum y la Costumbre, Costa llegó a proponer que la presunción sea inversa, es decir que lo que se presuma sea que nadie conoce las leyes, salvo prueba en contrario, pues de otra forma la presunción de conocimiento de la ley resulta ser una falsedad, por ser opuesta a la realidad de las cosas.

Esto último, si bien no deja de ser interesante, resulta extremo e incluso inconveniente, pues permitiría que cualquier persona incumpla sus obligaciones argumentando desconocimiento de la ley; además el derecho

⁵³ CALDERON, Antonio, citado por PEREZ LUÑO, Antonio, Op. Cit., pg. 101.

⁵⁴ COSTA, Joaquín, citado por PEREZ LUÑO, Antonio, Op. Cit., pg. 103.

ecuatoriano sí toma en cuenta la rusticidad de las personas, que constituye atenuante en materia de responsabilidad penal; así lo disponen por ejemplo:

- ***El artículo 29 del Código Penal, que establece que:***

• Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:

• 8o.- Rusticidad del delincuente, de tal naturaleza que revele claramente que cometió el acto punible por ignorancia.+

- El artículo 88 literal c) de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, que establece como atenuante para efectos de la aplicación de las penas previstas en dicha ley, la rusticidad del infractor de tal naturaleza que revele que cometió el ilícito por ignorancia; y,

- El artículo 345 del Código Tributario, que en su numeral 6º también considera atenuante la rusticidad del infractor, de tal naturaleza, que revele claramente que cometió la infracción por ignorancia o error en cuanto al hecho que constituye la infracción+.

Por tanto, consideramos que sería mejor idear mecanismos que permitan ampliar la difusión de la normativa, a fin de que la generalidad de la población tenga real acceso a ella, manteniendo la presunción de conocimiento de la ley, necesaria para que exista certeza en las relaciones jurídicas.

2.3. La Derogatoria Genérica

El Derecho debe evolucionar al ritmo en que lo hace la sociedad a la que regula, de manera que las normas rijan realidades presentes y no resulten caducas; de ahí que es necesario que los diferentes órganos legislativos actualicen las normas expidiendo nuevas disposiciones que reemplacen a las anteriores.

Sin embargo, a fin de que el sistema jurídico guarde la debida coherencia, al reformar una ley o cualquier otra norma jurídica de menor jerarquía, el respectivo órgano legislativo debe al mismo tiempo derogar, aquellas normas a las que la nueva disposición sustituye.

Conforme se revisó en el capítulo anterior, de conformidad con los artículos 37, 38 y 39 del Código Civil, la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita, total o parcial; expresa cuando la nueva ley dispone explícitamente que deroga la antigua, y tácita cuando contiene disposiciones incompatibles con la ley anterior; en consecuencia, la derogatoria tácita deja vigente en la ley anterior, aquello que no pugne con las disposiciones de la nueva ley.

En la práctica se ha adoptado, especialmente por el H. Congreso Nacional, una práctica inconveniente que consiste en que, cuando se aprueba una nueva normativa, sea ésta ley o reglamento, se incluye una disposición final por la cual se derogan de manera genérica, las normas que se le opongan, esto es, sin especificar expresamente qué se deroga y qué queda vigente de la legislación anterior, lo que ocasiona una serie de dudas y ambigüedades, cuando no un verdadero problema de superposición de normas.

Esta costumbre de la derogatoria genérica la ha asumido también la Función Ejecutiva, cuando el Presidente de la República o los Ministros de Estado, al expedir un nuevo Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial, se limitan a disponer que se ~~%~~Deroga cualquier otra disposición de igual o

menor jerarquía jurídica que se le opusiere; esto es otros Decretos Ejecutivos o Acuerdos Ministeriales.

Lo correcto sería precisar que la derogatoria se refiere específicamente a tales normas contenidas en otras Leyes, Decretos o Acuerdos, según corresponda, dictados por el mismo órgano, o al menos, para guardar coherencia, por unidades dependientes de la misma estructura administrativa, cuando el órgano autor de la normativa integra la Función Ejecutiva por ejemplo.

El 30 de agosto del 2002, la Comisión Especializada de lo Civil y Penal del Congreso anterior, presentó al señor Presidente del H. Congreso Nacional, para el trámite pertinente, el proyecto No. 23-901, de Ley de Racionalización de la Normativa Legal; en cuya exposición de motivos se menciona que la derogatoria tácita ⁵⁵ ha dejado formalmente con vida una serie de disposiciones que en la práctica ya no pueden considerarse vigentes; y agrega:

“Hoy resulta de fundamental importancia poner orden en el sistema normativo ecuatoriano, unificar disposiciones repetitivas, organizar cuerpos legislativos que no se contradigan y que respondan a una lógica única, limpiar la legislación ecuatoriana de normas obsoletas y en desuso.”⁵⁵

Este proyecto en realidad, es otra iniciativa de la Cámara de Comercio de Quito, y contiene un articulado tendiente a derogar leyes que, aunque formalmente vigentes, han dejado de regir por regular las atribuciones de instituciones del Estado que jurídicamente ya no existen por haber sido suprimidas o fusionadas, como el caso de la Oficina Nacional de Avalúos y Catastros por ejemplo, que fue fusionada con el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, según Decreto Ejecutivo No. 3 publicado en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1992; del Instituto Ecuatoriano de Recursos

⁵⁵ CONGRESO NACIONAL, Proyecto No. 23-901.

Hídricos, INERHI, institución que fue suprimida y fusionada al Consejo Nacional de Recursos Hídricos, de conformidad con el Decreto Ejecutivo No. 224, publicado en el Registro Oficial No. 558 de 28 de octubre de 1974, etc.

También se dejarían sin efecto Decretos Legislativos y Decretos Supremos cuyas normas, por ser anteriores a otras reguladas por ley dictada con posterioridad, han dejado de regir.

El proyecto dejaría sin vigor a más de un centenar de normas que se eliminarían del sistema jurídico ecuatoriano, confiriéndole sin duda, mayor certeza, por lo que el nuevo Congreso debería estudiarlo con atención.

Sin perjuicio de ello, mayor seguridad jurídica se lograría si el Congreso Nacional, como el órgano legislativo por excelencia, abandonara la práctica de la derogatoria genérica, por antitécnica.

2.4. La Diversidad de Procedimientos Administrativos

El principio de legalidad implica que toda actividad administrativa se deba fundamentar en normas jurídicas, cualquiera sea el nivel de su fuente originaria, esto es de orden constitucional, legal e inclusive proveniente de la propia administración, como el caso de los Reglamentos y Resoluciones Generales.

El procedimiento administrativo no es otra cosa que el % trámite por el que se prepara la voluntad unilateral (acto o reglamento) o bilateral (contrato) de la Administración, y se rige por principios jurídicos fundamentales⁵⁶ En él se deben establecer las formalidades, así como los trámites a observar tanto la Administración como los administrados, la primera en ejercicio de la función administrativa y los segundos en protección de sus derechos subjetivos.

⁵⁶ PAREJO, Luciano, y DROMI, Roberto, (2001) Seguridad Pública y Derecho Administrativo, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Pg. 308

La garantía de defensa de los administrados implica que éstos en su calidad de titulares de los derechos, tengan la posibilidad de participar efectivamente en el procedimiento ⁵⁷ y comprende los derechos a: ser oído; ofrecer y producir prueba; obtener una decisión fundada, e impugnar la decisión.⁵⁷

El procedimiento administrativo es un mecanismo que permite establecer certeza en las reglas que regulan la relación jurídico-administrativa; además asegura la defensa de la norma jurídica objetiva, a fin de que se mantenga la legalidad y la justicia en toda actividad administrativa.

Constituye una verdadera herramienta que garantiza el efectivo ejercicio de los derechos de los administrados, establecidos en la Constitución y la ley, en tanto regula el ejercicio de las competencias públicas, así como de los derechos subjetivos de los ciudadanos, en sus relaciones con los órganos que ejercen el poder público.

Como se acabó de señalar, en materia administrativa, rige el Derecho Público y por tanto, las atribuciones de las autoridades y órganos administrativos, se hallan sujetas al principio de legalidad. En tal sentido, el procedimiento administrativo constituye también un instrumento de control, en tanto obliga a que la autoridad ejerza el poder dentro de los límites de la legalidad: ⁵⁸El procedimiento es el conducto por el que transita en términos de derecho la actuación administrativa.⁵⁸

Entre los principios jurídicos que rigen el procedimiento administrativo, el ya citado de legalidad es tal vez el más importante. Entre los principios formales, el de oficialidad cabe ser destacado, por imponer a la autoridad el deber de dirigir e impulsar el procedimiento, y distinguirlo del proceso judicial

⁵⁷ PAREJO, Luciano, y DROMI, Roberto, Op. Cit, pg. 312.

⁵⁸ DROMI, Roberto, (2001), Derecho Administrativo, Ciudad Argentina, novena edición, pg. 1016.

en el que prevalece más bien el principio dispositivo que supone actuar a instancia de parte; así mismo la simplicidad del procedimiento administrativo permite que su trámite sea rápido, de ahí que se debería procurar eliminar trámites innecesarios, reducir plazos a favor del administrado y flexibilizar la forma, de modo que el procedimiento no se frustre por requerimientos meramente rituales.⁵⁹

Especial mención merece el tema de los recursos administrativos, que permiten impugnar los actos o resoluciones que expiden las autoridades, y que se dirigen a obtener del órgano emisor del acto, del superior jerárquico u órgano que ejerce control, la revocación, modificación o saneamiento de la resolución impugnada.

El recurso es un acto de impugnación que da lugar a un nuevo procedimiento que posee carácter administrativo; se fundamenta en el derecho de petición, garantizado por el numeral 15 del artículo 23 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 28 de la Ley de Modernización, así como en el derecho de defensa, también de origen constitucional, trasladado al plano administrativo.

El recurso es entonces un medio de defensa del administrado, que se puede interponer de manera previa o simultánea al inicio de una acción de carácter contencioso administrativa, que da lugar a una controversia cuya resolución corresponde a la Función Judicial, a través de los órganos competentes que son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Son impugnables por recurso administrativo aquellos actos cuyos efectos son directos en el plano interno de la administración, y que afectan derechos o intereses legítimos de los particulares.

⁵⁹ PAREJO, Luciano, y DROMI, Roberto, Op. Cit., pg. 317.

El problema que en esta materia existe en el Ecuador es que debido al número de normas jurídicas que rigen, existen así mismo innumerables procedimientos administrativos que se deben observar para realizar peticiones ante los diferentes órganos y autoridades. Cada uno de estos procedimientos, regulado por un cuerpo normativo diferente, establece formalidades, requisitos previos, términos para formular las solicitudes o interponer los recursos, sin que exista uniformidad en la materia, lo que dificulta el eficaz ejercicio de los derechos por parte de los administrados.

Por ejemplo, para el caso de procedimientos que deban sustanciarse ante órganos que pertenecen a la Función Ejecutiva, es aplicable el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo, siempre que no exista una norma especial, como podría ser en materia de marcas y patentes por ejemplo, la Ley de Propiedad Intelectual; o en materia de permisos para uso de frecuencias, la Ley de Radiodifusión y Televisión, y la Ley de Telecomunicaciones; o en asuntos relacionados con los maestros, la Ley de Carrera Docente, y así se podrían mencionar infinidad de casos.

La existencia de diferentes procedimientos administrativos, regulados por normas jurídicas de diversa jerarquía, hace que el ejercicio profesional de los abogados se dificulte, y obliga necesariamente a la especialización. Así mismo, la facilidad de que las normas jurídicas de jerarquía inferior a la ley se modifiquen fácil y continuamente, como de hecho ocurre en la práctica, ocasiona un alto nivel de inseguridad jurídica.

2.5. Las Facultades Discrecionales en Derecho Público

En el campo del Derecho Público es difícil admitir que existan actos que la administración ejecute a su ~~%discreción+~~ discreción, por ello, antes de analizar directamente el tema de las facultades discrecionales, es necesario tener claro en qué consisten las potestades administrativas y los actos reglados,

así como recordar las principales características de los actos administrativos en general.

El Estado, para ejercer el poder público, actúa a través de la Administración, y ésta, a su vez, por intermedio de los diferentes órganos administrativos. Las potestades administrativas, por consiguiente, no son sino los medios que el ordenamiento jurídico pone a disposición de la Administración y en consecuencia de los órganos administrativos, para que éstos puedan ejercitar su actividad; de lo que se desprende, que dichas potestades se derivan y ajustan al principio de legalidad. Es evidente que el fin para el cual se ejercerán las potestades administrativas no puede ser otro que el bien común, el interés general.

Tradicionalmente la doctrina divide a los actos administrativos en reglados y discrecionales, en atención al mayor o menor grado de libertad o elección que pueda existir en su ejercicio.

Un acto reglado es aquel que supone el cumplimiento estricto y exacto de la atribución que la ley confiere a determinado órgano administrativo; su legalidad puede ser materia de control judicial. Un acto discrecional en cambio, supone que la autoridad tiene un margen de libertad para tomar su decisión, con ciertos límites como se verá más adelante.

Son caracteres jurídicos esenciales de los actos administrativos, los siguientes: la presunción de legitimidad, la ejecutividad, la ejecutoriedad, la estabilidad, y la impugnabilidad.

La presunción de legitimidad es resultante del principio de legalidad, es decir de la juridicidad con que se debe ejercer la actividad estatal; consiste en que el acto expedido por un órgano administrativo, se considera regular, esto es se supone que ha sido emitido conforme a derecho, por autoridad competente, y por tanto en armonía con el ordenamiento jurídico.

La legitimidad del acto administrativo es una presunción legal, *juris tantum*, esto es de aquellas que admiten prueba en contrario, de

conformidad con el inciso tercero del artículo 32 del Código Civil, lo que quiere decir que la presunción puede ser desvirtuada por el interesado, demostrando que el acto administrativo viola el ordenamiento jurídico.

La ejecutividad por su parte, es la obligatoriedad del acto administrativo, que determina el derecho de la administración a exigir su cumplimiento, a partir de la notificación; la ejecutoriedad no es sino la atribución de que goza la administración de ejecutar por sí misma los actos que expide, sin necesidad de recurrir al órgano judicial.

La estabilidad implica la irrevocabilidad del acto dictado por la administración, esto es la prohibición de que la propia administración pueda dejar sin efecto un acto que ha creado, reconocido o declarado un derecho a favor del administrado.

Finalmente, la impugnabilidad supone que el acto administrativo puede ser objetado, rebatido por el administrado, mediante la interposición de recursos administrativos o de acciones judiciales. Es respecto de esta última característica, que se discute doctrinariamente con relación a los actos discrecionales de la administración, como se verá más adelante.

Pero, ¿en qué consisten los actos discrecionales de la administración?

Existe cierta tendencia a confundir la discrecionalidad con arbitrariedad, dado que los poderes discrecionales tuvieron su origen en el absolutismo, cuando el monarca concentraba en sí todo el poder y por tanto podía actuar incluso al margen de la ley pues no estaba sujeto a control alguno. Los dos conceptos suponen el ejercicio de libertad, sin embargo, hoy resultaría inaceptable equiparlos, pues la discrecionalidad es una ~~lib~~ libertad limitada+, mientras la arbitrariedad es una ~~lib~~ libertad desenfrenada+, en los términos de Marienhoff.

Según la antigua doctrina, había discrecionalidad, cuando a determinada relación jurídica de carácter administrativo, por excepción no le era aplicable el principio de legalidad, lo que como consecuencia,

determinaba la inimpugnabilidad del acto dictado en ejercicio de potestad discrecional, lo que a su vez limitaba drásticamente los derechos del administrado. La doctrina actual por el contrario, considera que la potestad discrecional siempre deriva de la ley, que establece precisamente sus límites.

Para Bielsa, el poder discrecional es *el conjunto de facultades que la autoridad ejerce sin que ninguna regla positiva de derecho le trace el camino que debe seguir en cada caso.*⁶⁰

Por su parte, Dromi considera que la discrecionalidad consiste en una libertad más o menos limitada, que el orden jurídico da a la Administración para que ésta elija oportuna y eficazmente los medios y el momento de su actividad dentro de los fines indicados por la ley.

Penagos concibe a la discrecionalidad como:

*la libertad de opción que tiene la Administración, entre actuar o no, según la oportunidad social, política, económica, para lo cual el administrador tendrá en cuenta los hechos, la norma de derecho, y la calificación jurídica de la situación fáctica. Y son estos límites, los que impiden que el administrador actúe según su capricho.*⁶¹

Por su parte, el jurista español Garrido Falla considera que el poder discrecional no es sino:

*una delimitación del principio de legalidad desde el punto de vista negativo, pues la discrecionalidad se da en aquellos casos en que por defecto de reglas jurídicas no hay lugar a la aplicación de tal principio, supuesto, claro está un reconocimiento genérico de la iniciativa administrativa en la materia de que se trate.*⁶²

De las definiciones citadas se desprende que no existe acto administrativo que sea totalmente discrecional, sino que por el contrario la discrecionalidad tiene sus límites justamente en el principio de legalidad; hay discrecionalidad cuando en ciertas circunstancias la autoridad administrativa tiene la facultad de escoger entre varias alternativas que la propia legislación establece, es decir que implica un margen mayor o menor de libertad de decisión por parte del órgano administrativo, en cuanto a la conveniencia de la acción, lo que la doctrina denomina *oportunidad*, o en cuanto al

⁶⁰ BIELSA, Rafael, (1966), *Derecho Administrativo*, Tomo V, Editorial La Ley, Buenos Aires, pg. 152.

⁶¹ PENAGOS, Gustavo (1990), *La Arbitrariedad Política causa Nulidad en los Actos Administrativos*, Librería del Profesional, Bogotá, pg. 12

⁶² GARRIDO FALLA, Fernando, (1989), *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Parte General, Editorial Tecnos, Madrid, pg. 180.

contenido o elección del destinatario. Pero el elemento fundamental que determina la sujeción del acto discrecional al principio de legalidad, es la competencia del órgano administrativo.

La lógica jurídica determina que cuando la norma disponga que la administración *debe* o *deberá* ejercer tal o cual atribución, se trata de una facultad reglada, mientras que si la norma expresa que la administración *podrá*, nos encontramos frente a una facultad de carácter discrecional.

En lo que tiene relación con los límites de la discrecionalidad, hay una estimación subjetiva de la administración, en el ejercicio de su potestad; constituye sin embargo una remisión legal pues la propia norma se remite parcialmente para completar su regulación a una estimación administrativa, no general sino de caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares; la facultad discrecional implica entonces que la administración dispone de cierta libertad de elección entre alternativas previstas en la propia legislación.

A diferencia de la doctrina clásica que consideraba a los actos reglados y discrecionales como categorías opuestas, para la doctrina actual dado que la actividad administrativa debe sujetarse al principio de legalidad, no pueden existir actos totalmente discrecionales y por tanto inmunes al control.

Por ello es preciso tener presente que la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos del acto, ni a su parte esencial, esto es a aquella que determina su contenido, sino que hay elementos del acto que son reglados, y cuya omisión o incumplimiento pueden dar lugar a su impugnación.

En consecuencia, las hipótesis en las cuales se admite la discrecionalidad son dos:

- La ausencia de norma que regule la actividad administrativa, unida a la inexistencia de prohibición de que el órgano administrativo actúe discrecionalmente; y,
- La posibilidad expresa de elección administrativa, lo que ocurre cuando el legislador explícitamente ha atribuido discrecionalidad a la administración.

En todo caso, como ya se expuso, la competencia del órgano es requisito indispensable para la validez del acto, pues la fuente de la que nace la competencia del órgano administrativo, debe ser necesariamente el ordenamiento jurídico que establece al menos su marco general de actuación, de lo que se desprende que efectivamente, incluso la discrecionalidad está sometida al principio de legalidad.

La Corte Suprema de Justicia de nuestro país, a través de su Sala Especializada en materia Contencioso Administrativa, se ha pronunciado en el sentido de que la discrecionalidad consiste fundamentalmente en la actuación oportuna, conveniente, que realiza la administración dentro de los límites de la ley, que no fija todos los motivos para actuar, dejándole al agente público competente, frente al hecho concreto, la facultad de determinar o aplicar subjetivamente la voluntad final del legislador.⁶³

Por tanto, debe quedar claro que no hay discrecionalidad cuando la autoridad actúa al margen de la ley, pues en tal caso, lo que existe es desviación de poder, entendida como el uso de poderes administrativos con miras a un fin distinto a aquel para el cual han sido conferidos a la autoridad.

Dentro del Estado de Derecho, la ley rige la actuación de los órganos administrativos, y dejar la posibilidad de apreciación al funcionario, no implica ni le autoriza para que éste actúe al margen de la ley, pues %Conferir a la administración pública potestades discrecionales en determinados casos, no significa entregarle un cheque en blanco, ni darle una patente de corso para que haga la guerra por su cuenta.⁶⁴

Examinemos un caso que aclare el concepto: la declaratoria de Estado de emergencia, de conformidad con la norma del artículo 180 de la Constitución Política de la República, debe ser decretada por el Presidente

⁶³ Registro Oficial No. 660 de 23 de marzo de 1995, expediente No. 15-95.

de la República en los casos expresamente previstos en dicha norma, esto es: inminente agresión externa, guerra internacional, grave conmoción interna o catástrofes naturales. Pero una vez decretado el Estado de emergencia, según la disposición del artículo 181 de la propia Constitución, el Presidente de la República podrá asumir las atribuciones o algunas de ellas, que enumera el referido artículo 181.

De ello se desprende que una vez declarado el Estado de emergencia, compete al Presidente de la República, calificar la conveniencia de ejercer una o varias, o todas las atribuciones previstas en el artículo 181 de la Constitución de la República, ~~discrecionalmente~~, es decir, según él las considere oportunas, esto es, necesarias, convenientes para el bien común.

Como el caso citado, existen muchas otras normas jurídicas que confieren atribuciones discrecionales a las diversas autoridades, lo que implica que dichas autoridades tienen un mayor campo de acción para poder adoptar una decisión.

En la práctica lo que ocurre es que hay diversos grados de discrecionalidad, desde el mínimo hasta el máximo, según la mayor o menor relación que exista entre la acción administrativa y la regla de derecho a la que se sujeta, de manera que no pueden existir actos totalmente discrecionales, lo que determina que al menos en lo que se refiere a la forma del acto, éste será susceptible de control judicial.

Curiosamente, conforme a nuestra legislación, el acto discrecional aparentemente sería inimpugnable judicialmente, pues de conformidad con el artículo 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, literal a), no corresponden a dicha jurisdicción ~~las~~ cuestiones que, por la naturaleza

⁶⁴ GONZALES NAVARRO, Francisco, citado por JACOME, Ma. Del Carmen, (2000), La Potestad Discrecional de la Administración en el Derecho Público Ecuatoriano, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia, PUCE, pgs. 57, 58.

de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración.+

La misma Ley en su artículo 7, establece que corresponden especialmente a la potestad discrecional:

- Las disposiciones de carácter general relativas a salud e higiene públicas
- Las resoluciones sobre concesiones que se solicitaren de la administración, salvo las que versaren sobre concesiones regladas por la ley.
- Las decisiones que nieguen o regulen gratificaciones o emolumentos no prefijados por una ley o reglamento, a los funcionarios que presten servicios especiales.

Estas normas limitarían las posibilidades del administrado de rebatir la resolución administrativa discrecional, en el evento de que ésta le cause perjuicio, colocando al ciudadano en estado de indefensión frente a la Administración.

En la práctica, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo se han inhibido de conocer demandas con las que se impugnan actos expedidos en ejercicio de potestad discrecional.

Sin embargo, es preciso hacer notar, que de conformidad con el artículo 196 de la Constitución Política de la República, todo acto administrativo es impugnable. La prevalencia de la norma constitucional, por su mayor jerarquía, sobre la citada disposición de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, determina que carece de fundamento la inhibición de los Tribunales, que ocasiona además una seria inseguridad jurídica, pues al no resolver sobre la impugnación de actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, si se está favoreciendo la

arbitrariedad, ya que se deja a las autoridades administrativas actuar sin límite alguno.

Este criterio fue adoptado por la Función Ejecutiva que mediante Decreto Ejecutivo No. 3179, publicado en el Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre de 2002, dictado por el entonces Presidente de la República, Dr. Gustavo Noboa, acogiendo una recomendación de la Comisión Jurídica de Depuración Normativa, expidió un Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los actos de la Administración Pública.

Dicho Reglamento, cuyo ámbito de aplicación se limita a la Función Ejecutiva, constituida por la Administración Pública Central e Institucional, establece en su artículo 2 dispone:

La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano. Todo acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad discrecional reglada es impugnabile en vía administrativa o judicial.+

La norma reglamentaria, recoge en lo principal el criterio de la doctrina administrativa actual, en el sentido de que los actos expedidos en ejercicio de potestades discrecionales, también se hallan sujetos al principio de legalidad y en consecuencia son impugnables.

Aún cuando más adelante se tratará específicamente del tema de la corrupción, es necesario tener presente que existe gran vinculación entre esa lacra social y la discrecionalidad, al punto que el profesor Robert Klitgaard,

doctor en economía de la Universidad de Harvard, y experto mundial en materia de control de la corrupción, encontró que ciertos sistemas de organización, constituyen caldo de cultivo de actividades ilegales, de manera que inclusive llegó a elaborar una fórmula según la cual, $\% \text{la corrupción es igual a monopolio más discrecionalidad menos transparencia } (C=M+D-T).$ Su conclusión es: cuanto más monopolio haya en una organización, cuanta más discrecionalidad tengan los funcionarios y menos transparencia tenga su actividad, habrá mayores posibilidades de actos corruptos.⁶⁵

El jurista argentino Luis Moreno, traslada la aplicación de la fórmula de Klitgaard a Latinoamérica, sustituyendo el primer componente, por $\% \text{Poder Hegemónico}$, y conservando los demás elementos, de donde se desprende que el Poder Hegemónico es igual a Corrupción, pues la concesión de poderes absolutos, favorece comportamientos corruptos en tanto en un sistema monopólico del poder, quienes lo detentan pueden poner el precio que deseen a los actos de gobierno.

Moreno hace notar además que, mientras en los países desarrollados se invierte en obtener una administración pública profesional, eficiente y despolitizada, en los países en vías de desarrollo casi no hay distinción entre la administración y la política: $\% \text{Todo ello hace que los compromisos personales sean tomados mucho más en serio que las reglas formales, y vuelve imprescindible proteger a los aliados y castigar a los oponentes}$ Hay una apropiación privada del Estado por parte de los gobernantes⁶⁶; nosotros podríamos agregar que ello con discrecionalidad inimpugnabile judicialmente, se agrava.

Lo referido, refuerza la idea de que las atribuciones discrecionales de los órganos administrativos, se deben limitar lo más posible, a fin de evitar

⁶⁵ KLITGAARD, Robert, citado por MORENO, Luis, En Defensa Propia. Cómo salir de la Corrupción, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, pg. 171

⁶⁶ MORENO, Luis, Op. Cit, pg. 121.

que en uso de dichas facultades, quienes ejercen autoridad se excedan o desvíen su accionar del interés público, en beneficio de intereses particulares.

Al dejarse al criterio subjetivo de la administración, la elección de la solución más adecuada de entre varias posibilidades, es evidente que se está apelando a la ética del funcionario ejecutor. Entonces queda claro una vez más que la discrecionalidad no es un supuesto de libertad, pues su ejercicio deberá enmarcarse dentro de la finalidad de la norma y los valores morales.⁶⁷

La motivación del acto administrativo, enunciando las normas o principios jurídicos en que se ha fundado, conforme lo dispone el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política de la República, esto es expresando los fundamentos en los que la autoridad se apoya para expedir su resolución, constituye la mejor garantía contra la arbitrariedad y facilita el control de legalidad.

Si bien la existencia de facultades discrecionales para la administración en cierto sentido se justifica, debido a la imposibilidad de que la legislación regule todo y pueda prever cualquier problema que en la práctica pueda surgir, no es menos cierto que conferir potestades discrecionales a una administración en un país con los niveles de corrupción que sufre el nuestro, es un arma de doble filo que se presta y facilita la arbitrariedad.

En consecuencia, consideramos necesario limitar extremadamente la expedición de normativa que otorgue discrecionalidad a los órganos administrativos.

2.6. La Corrupción

⁶⁷ JACOME, Ma. Del Carmen, Op. Cit., pgs. 65, 66.

El Artículo 3 de la Constitución Política de la República, en su numeral 6, establece como deber primordial del Estado, garantizar la existencia de una administración pública libre de corrupción.

El término corrupción proviene del verbo corromper que según el Diccionario de la Lengua Española, consiste en la acción de sobornar a alguien con dádivas para conseguir de él una cosa. Es lamentablemente, una actividad tan antigua como el hombre, y que se ha tratado de combatir desde siempre.

Ya en el plano jurídico, el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, define a la corrupción como ~~la~~ destrucción de los sentimientos morales de los seres humanos.⁶⁸.

Figuras como el cohecho, la concusión, el prevaricato, el peculado y todo tipo de malversación, tipificadas en nuestro Código Penal, están relacionadas con la corrupción, que en consecuencia, viene a ser el género y las citadas figuras, especies dentro de este conjunto de conductas ilegales e inmorales.

El cohecho, según el artículo 285 del Código Penal es la infracción que comete un funcionario público o toda persona encargada de un servicio público ~~que~~ aceptaren oferta o promesa, o recibieren dones o presentes, para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución; la norma, reformada por el artículo 66 de la Ley No. 75, publicada en Registro Oficial 635 de 7 de Agosto del 2002, sanciona este delito con prisión de seis meses a tres años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América, a más de la restitución del duplo de lo que hubieren percibido.

El artículo 289 del Código Penal, reformado por el artículo 69 de la citada Ley No. 75 añade que ~~el~~ juez, el árbitro o el jurado culpados de

⁶⁸ CABANELLAS, Guillermo, Op.Cit., pg. 99

cohecho serán condenados, a más de las penas arriba mencionadas, a una multa igual al triple del dinero o valor de la recompensa+

El artículo 264 del Código Penal tipifica el delito de concusión, que se configura cuando los empleados públicos o las personas encargadas de un servicio público hubieren exigido o recibido ~~%~~ lo que sabían que no era debido; el delito se sanciona con prisión de dos meses a cuatro años, salvo que hubiere habido violencia o amenaza, en cuyo caso la pena se incrementa de dos a seis años. El inciso tercero dispone que la pena también será aplicable a los prelados, curas u otros eclesiásticos que exigieren de los fieles, contra la voluntad de éstos, diezmos, primicias, derechos parroquiales, o cualesquiera otras obligaciones que no estuvieren autorizadas por la Ley civil.

Mediante Ley No. 105, publicada en Registro Oficial 365 de 21 de Julio de 1998, se reformó el penúltimo inciso de la norma que comentamos, actualizando la multa a dólares americanos; la disposición ordena que la infracción será reprimida con multa de cuarenta dólares de los Estados Unidos de Norte América y con la restitución del cuádruplo de lo que hubieren percibido.

El artículo 277 del Código Penal tipifica el prevaricato y lo sanciona con uno a cinco años de prisión; este delito puede ser cometido por jueces, árbitros o funcionarios administrativos en general, que por interés personal, afecto o desafecto, fallen o actúen contra ley expresa, o contra los intereses públicos.

Delito más grave, que también implica corrupción, constituye el peculado, tipificado en el artículo 257 y siguientes del Código Penal, y que consiste en el abuso de dineros públicos, títulos o documentos que los representen, pudiendo tratarse de desfalco, malversación o disposición arbitraria. Este delito está sancionado con reclusión y con la inhabilitación perpetua para el ejercicio de cargo público.

Lo que tienen en común los delitos a los que nos hemos referido, es que todos ellos afectan a la administración pública, que constituye el sujeto pasivo de la infracción; por otro lado, el responsable del delito debe tener la calidad de funcionario público, de manera que si se llegara a tratar de un empleado de una empresa privada que cometa actos de la misma naturaleza, no se configurarían estos delitos aún cuando esta persona recibiera una ~~%compensación clandestina+~~ que también constituiría un acto de corrupción.

Por otro lado, si bien es positivo que los legisladores, mediante ley hayan actualizado a dólares los valores de las sanciones de multa, no está por demás hacer notar la inconsistencia que existe en la disposición del reformado artículo 289 del Código Penal, relativo al cohecho, que continúa refiriéndose a los jurados, cuando se trata de una institución que ya no existe en nuestro sistema de administración de justicia penal desde hace mucho tiempo atrás, y que al momento de ser reformado, el término pudo ser eliminado de la norma.

Las penas previstas para los delitos contra la administración pública, son privativas de la libertad del infractor, así como multas, cuyos valores todavía parecen exiguos.

Además del Código Penal, la legislación ecuatoriana contiene una serie de normas que están destinadas a combatir la corrupción, como por ejemplo aquellas que regulan las actividades y responsabilidades de los funcionarios públicos, los procedimientos adecuados para el manejo de fondos del Estado, las atribuciones de la Función Judicial y de los Organismos de Control, etc., sin embargo, es penoso reconocer que existe en nuestro país una cultura de generalizada inobservancia, cuando no de abierta evasión de la Ley.

~~%~~En vez de consolidarse las instituciones jurídicas del Estado, estas se han desprestigiado por la excesiva politización, y porque se

ha manipulado e interpretado las leyes al gusto y conveniencia de la clase política, sin respetar la independencia de las tres funciones del Estado, y la necesidad de mantener al margen de las negociaciones políticas a las instituciones de control⁶⁹ +

El legislar por excepción, el crear nuevas dependencias excluidas de los ámbitos generales de control y que en muchas ocasiones duplican las funciones de otras ya existentes, constituyen también conductas corruptas en el sector público.

Sin embargo, no se puede excluir de la materia, los casos en los que las dos partes que intervienen en el acto, son privadas: %En un sistema de corrupción estructural hay buenas amas de casa que pagan para que su hijo se salve del servicio militar⁷⁰ +.

Otros ejemplos de corrupción privada que se pueden mencionar, son los resultantes de las siguientes actitudes y comportamientos que implican inobservancia de normas jurídicas:

- dar dinero a un policía para evitar multas de tránsito,
- dar dinero para agilizar un trámite urgente,
- no facturar un trabajo para pagar menos impuestos,
- comprar algo que se sabe es robado; o
- pagar menos impuestos de los debidos, etc.

Como se puede observar, cada uno de los ejemplos citados implica ruptura del orden legal, cuando no un delito.

El problema de la corrupción incide directamente en materia de seguridad jurídica, pues muchos de los actos en que se manifiesta, consisten justamente en evadir la aplicación de la ley. De ahí la importancia de que el Estado cuente con una Función Judicial fuerte, eficaz, capaz de proteger al

⁶⁹ OLEAS, Medardo, (1997), *Cómo Combatir la Corrupción en el Ecuador*, Abya-Yala, Quito, pgs. 55, 56.

⁷⁰ MORENO, Luis, (1993), *Op. Cit.* pg. 115.

Estado de Derecho, condición que tampoco existe en nuestro país, por lo que cualquier esfuerzo por combatir la corrupción debe incluir necesariamente el fortalecimiento de la Función Judicial, su independencia y despolitización.

La organización del sistema de administración de justicia, juega entonces un papel fundamental, en el que adquiere radical importancia la capacitación permanente de sus miembros, la agilidad en las resoluciones, pues justicia que tarda no es justicia, así como la transparencia en su gestión. Bien se podría acoger la sugerencia que Eduardo Baistrocchi le hace a la Corte Suprema argentina, y aplicarse espontáneamente por los magistrados de la nuestra, ~~%~~publicar en el web site de la Corte sus declaraciones juradas de impuestos.⁷¹

El Consejo Nacional de la Judicatura, como órgano disciplinario de la Función Judicial, cumple un papel fundamental en este esquema pues es el encargado de sancionar las infracciones de los funcionarios judiciales, cometidas en el ejercicio de su cargo.

La sanción disciplinaria de un juez, magistrado o funcionario judicial, procede sin perjuicio del inicio de acciones penales en su contra, si su acción constituye infracción penal, en cuyo caso el Ministerio Público también tiene una misión importante. En tal sentido, compartimos plenamente la opinión del doctor Enrique Echeverría, quien expone que:

~~%~~El juez tiene una categoría especial. Aquel que no entienda su altísima misión, no merece administrar justicia y debe ser despedido. Y aquel, con título de juez, que incurra en actos de corrupción, debe ser no solo despedido, sino parar con sus huesos en la cárcel.⁷²

⁷¹ BAISTROCCHI, Eduardo, (2002, diciembre 28), Una Corte Confiable, El Comercio, A5.

⁷² ECHEVERRIA, Enrique, (2003, enero 6) ¿Jueces Combatientes?, El Comercio, A4.

Debido a la gravedad del flagelo de la corrupción, el Estado ecuatoriano se ha visto obligado a crear un organismo público encargado de combatirlo, la Comisión Cívica de Control de la Corrupción, que en la actualidad tiene jerarquía constitucional, e integra el conjunto de organismos de control del Estado.

La Comisión de Control Cívico de la Corrupción, es una persona jurídica de derecho público, que goza de autonomía e independencia frente a las Funciones en que se divide el poder público; está integrada por siete miembros, designados por sendos Colegios Electorales. Cuenta ya con su propia Ley, que ha sido calificada con la jerarquía de Ley Orgánica, así como con su Reglamento Orgánico Funcional.

Está encargada de tomar las acciones necesarias para prevenir e identificar los actos de corrupción, así como difundir valores y principios de transparencia en el manejo de los asuntos públicos. Tanto la Constitución como su Ley Orgánica, le confieren atribución para receptor, tramitar e investigar:

“denuncias sobre actos cometidos por mandatarios y representantes de elección popular, magistrados, dignatarios, autoridades, funcionarios y empleados de los organismos del Estado, y por las personas particulares involucradas en los hechos que se investigan y, de encontrarse indicios de responsabilidad penal en las referidas investigaciones, pondrá sus conclusiones en conocimiento del Ministerio Público, de la Contraloría General del Estado o del órgano jurisdiccional que fuese competente.”⁷³.

Lamentablemente, pese a la autonomía de la que goza la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, lo cual le confiere independencia frente al gobierno de turno, así como la apoliticidad de sus integrantes⁷⁴, a este

⁷³ Ley Orgánica de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, artículo. 2.

⁷⁴ De conformidad con los Artículos 5 literal d), y 8 literal d) de la Ley Orgánica de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, sus integrantes no deben ejercer funciones en partidos o movimientos políticos, ni participar en actividades políticas o partidistas.

organismo no se le ha dotado de verdadero poder coercitivo que le permita ejecutar los correctivos del caso por sí mismo, sino que el resultado de sus investigaciones es sometido a consideración de otros organismos de control, como son el Ministerio Público y la Contraloría General del Estado, que son los que en definitiva tienen atribuciones para disponer el inicio de un proceso penal, o establecer la existencia de responsabilidades civiles o indicios de responsabilidad penal, respectivamente.

Como se puede observar, la corrupción generalizada, que ha invadido todas las instancias, Funciones y niveles del Estado, agrava el problema de la inseguridad jurídica del país.

CAPITULO III

LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

La Procuraduría General del Estado, junto con la Contraloría, las Superintendencias, el Ministerio Público y la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, en la actualidad integra los denominados %Organismos de Control+ del Estado, por lo que es una institución que debe guardar la correspondiente independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Como se va a revisar más adelante, en sus orígenes la Procuraduría fue creada como una dependencia del Ejecutivo, y hasta épocas relativamente recientes, el Procurador participaba en las reuniones del gabinete del Presidente de la República junto con los Ministros de Estado, lo que en cierta medida le restaba neutralidad. En la actualidad, el Presidente de la República ha manifestado su criterio en el sentido de crear la Cuarta Función del Estado, que estaría integrada por los organismos de control, lo cual si bien fortalecería su independencia y autonomía frente a las restantes funciones del Estado, en opinión de la autora, en la práctica dificultaría el control especializado que compete a cada uno de ellos.

En cuanto a las atribuciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado a la Procuraduría, no siempre hubo claridad, y han sido materia de importantes modificaciones, introducidas por reformas tanto constitucionales como legales; por ejemplo, facultades relacionadas con el patrocinio público y el control del tráfico de sustancias estupefacientes, que en su momento correspondieron a la Procuraduría, ahora competen al Ministerio Público y al CONSEP, respectivamente.

Pero, la potestad que desde nuestro punto de vista, es la principal, esto es, aquella que configura la razón de ser de la institución y define su misión fundamental, es la del patrocinio del Estado, que consiste en ejercer la defensa en juicio de las instituciones públicas, atribución que dio origen al cargo de ~~%Defensor del Fisco+~~ denominación con la que se creó lo que hoy es la Procuraduría General del Estado, y que se ha conservado hasta la actualidad.

Prestar asesoramiento legal, es otra importante atribución de la Procuraduría General del Estado, que ha adquirido especial trascendencia en el último tiempo, por cuanto según la legislación vigente dicho asesoramiento tiene la calidad de vinculante para la Administración, lo que le confiere a la entidad un rol fundamental en materia de Derecho Público, pues el adecuado asesoramiento, que constituye una verdadera jurisprudencia administrativa, debería contribuir a reducir la inseguridad jurídica en nuestro país.

3.1. Creación y Reseña Histórica

En la Colonia, en lo que hoy es el Ecuador, rigieron las leyes españolas, que castigaban el mal manejo de fondos públicos y disponían perseguir estos delitos, mientras para el asesoramiento legal, la Presidencia de Quito contaba con los Consejeros, cuyo dictamen no era obligatorio.

Ya en la República, se crea la figura del Defensor del Fisco, como funcionario que dependía del Ejecutivo, y cuya función era la de perseguir los delitos cometidos en contra del erario, es decir que su función estaba vinculada más bien con las atribuciones que en la actualidad ejerce el Ministerio Público. El asesoramiento legal lo prestaba el Consejo de Estado, que de conformidad con la Constitución de 1830, tenía la facultad de emitir dictamen para la sanción de las leyes, así como en todos los ~~%negocios~~

graves+ en que fuera consultado, con la característica de que el Ejecutivo no estaba obligado a acogerlo.

El Consejo de Estado, al que en otros períodos se denominó Consejo de Gobierno⁷⁵, conservó la atribución de asesoramiento del Ejecutivo, en las Constituciones que rigieron hasta 1946, período durante el cual, como se observa, dicho asesoramiento no obligaba al Presidente de la República.

Es durante la administración de don Isidro Ayora, que se crea el cargo de Procurador General de la Nación, mediante Decreto Supremo No. 188, publicado en el Registro Oficial No. 706 de 2 de agosto de 1928, cuyo artículo 6 disponía que dicho funcionario sería de libre nombramiento y remoción del Poder Ejecutivo.

De conformidad con el artículo 3 del citado Decreto, correspondía al Procurador General de la Nación: %Comparecer en cualquiera instancia y ante cualquier Juez o Tribunal, por iniciativa propia o resolución del Poder Ejecutivo, en los juicios que interesen a la Hacienda Pública+⁷⁶; y, %Dar dictamen sobre la inteligencia o aplicación de una ley, en cualquier asunto relacionado con el interés público.+⁷⁷

Este Decreto llenó una necesidad que se presentaba entonces, de que exista un funcionario que represente al Estado como abogado, en las acciones y defensas judiciales que le interesaren, aunque es necesario precisar que el término de Procurador General de la Nación, inicialmente utilizado, resulta impropio, toda vez que la Nación carece de personalidad jurídica, característica que el ordenamiento jurídico le asigna al Estado.

⁷⁵ Se utilizó la denominación de Consejo de Gobierno, en las Constituciones de 1852 y 1861, confiriéndole las mismas atribuciones que al Consejo de Estado. Unicamente en la Constitución de 1906, se dispone en el artículo 99, que el Presidente debe+ oír el dictamen del Consejo, sin establecer explícitamente que dicho dictamen tuviera el carácter de obligatorio.

⁷⁶ Decreto Supremo No. 188, Registro Oficial No. 706, 2 de agosto de 1928, artículo 3 literal a).

⁷⁷ Decreto Supremo No. 188, artículo 3 literal i)

La Asamblea Nacional de 1938 reconoció las instituciones creadas con posterioridad a la Constitución de 1906, como era el caso de la Procuraduría General de la Nación, y mediante Decreto del Congreso Nacional, de 2 de marzo de 1939, se ratifica la existencia de la Procuraduría, aún como parte de Ejecutivo.

Por Decreto Supremo No. 547 publicado en el Registro Oficial No. 52 de 2 de agosto de 1944, durante el gobierno de José María Velasco Ibarra, se confirió a la Procuraduría General de la Nación el carácter de organismo autónomo, pero ello sólo de manera formal, pues en el mismo Decreto el artículo 1º establecía que la Procuraduría se mantendría jerárquicamente adscrita a la Presidencia de la República.

El Decreto disponía que ~~la~~ la representación, defensa y asistencia en juicio del Estado y de sus instituciones será ejercida por el Procurador General de la Nación.⁷⁸; omitió referirse al tema del asesoramiento, pero en su lugar incorporó dos nuevas atribuciones para la Procuraduría, la de emitir informe ~~En~~ todo contrato cuya cuantía sea mayor de cien mil sucres y en el cual se impongan obligaciones a la Nación o al Fisco⁷⁹, y la de ~~la~~ realizar las labores necesarias para la codificación de las leyes ecuatorianas.⁸⁰

Durante este período, si bien se mantiene la dependencia de la Procuraduría respecto del Ejecutivo, de alguna manera ya se empieza a incorporar la idea de que se trata de un organismo de control de la legalidad, cuando se le asigna la atribución referida a la emisión de informes respecto de contratos, pues ello permitía vigilar los términos en que el Estado asumía obligaciones.

2. ⁷⁸ Decreto Supremo No. 547, Registro Oficial No. 52, 2 de agosto de 1944, artículo

⁷⁹ Decreto Supremo No. 547, artículo 5.

⁸⁰ Decreto Supremo No. 547, artículo 6.

La Constitución Política de 1945, en su artículo 82 crea organismos técnicos asesores de la Función Ejecutiva, adscritos a cada Ministerio, y les asigna la atribución de asesorar al respectivo Ministro y presentar proyectos de ley. La misma Constitución, en su artículo 134, cuyo texto se mantuvo en la Constitución del año siguiente, asignó a la Procuraduría General de la Nación, todavía bajo la dirección del Presidente de la República, el ejercicio del Ministerio Público, esto es competencia para perseguir los delitos cometidos en contra del Estado, regresando a la concepción originaria de que el Procurador era el Defensor del Fisco.

En el artículo 223 y siguientes, de la Constitución Política elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1966-1967, bajo el Título X *De otros Organismos del Estado*, se dispone que corresponde al Procurador General del Estado, el ejercicio del Ministerio Público. Es importante notar, que es la primera ocasión en la que se utiliza, con propiedad, la denominación de Procuraduría General del Estado, en lugar de Procuraduría General de la Nación.

Mediante Decreto Supremo No. 1082, publicado en el Registro Oficial No. 278 de 30 de julio de 1971, durante una nueva administración del doctor José María Velasco Ibarra, se promulga la Ley de Patrocinio del Estado, en la que se ratifica la denominación utilizada en la Constitución de 1966, de Procuraduría General del Estado, asignándole autonomía pero nuevamente de manera únicamente formal, pues continuaba adscrita a la Presidencia de la República.

Como se ve, hasta ese entonces la Procuraduría no gozaba de autonomía en el ejercicio de sus funciones, sino que se mantenía vinculada con el Ejecutivo; por otro lado, se observa que sus atribuciones no se hallaban aún perfectamente definidas, pues se trataba de un organismo que ejercía el patrocinio tanto público, como del Estado.

Es recién con la promulgación de la Constitución Política aprobada por referéndum del 15 de enero de 1978, y publicada en el Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979, que la Procuraduría General del Estado adquiere verdadera autonomía y personalidad jurídica propia, y se desvincula del Ejecutivo, y en consecuencia del gobierno de turno, según lo dispone el artículo 111 de dicha Constitución, que además asigna al Procurador la calidad de ~~%único representante judicial del Estado;~~ el artículo 110 de la misma Constitución todavía atribuye a la Procuraduría el ejercicio del Ministerio Público.

En 1979, el Consejo Supremo de Gobierno, mediante Decreto Supremo No. 3544 publicado en el Registro Oficial No. 871 de 10 de julio de 1979, expide la Ley Orgánica del Ministerio Público, que en concordancia con la Constitución, define como atribuciones de la Procuraduría General del Estado las siguientes: el patrocinio del Estado, esto es su defensa en juicio; el asesoramiento legal; el patrocinio público, que se ejercía a través de la Fiscalía General, los Ministros y Agentes Fiscales; y, el control del tráfico ilícito de sustancias estupefacientes.

Durante el período de vigencia de esta Ley, la Procuraduría contó además con una Dirección de Medicina Legal que realizaba actividades como exámenes o peritajes médico legales, en agraviados por accidentes de tránsito o delitos, así como exámenes psiquiátricos y preprocesales solicitados por la Función Judicial.

La atribución relacionada con el control del narcotráfico, a cargo de la extinguida Dirección Nacional de Control de Estupefacientes, DINACONTES, como dependencia de la Procuraduría General del Estado, se trasladó al CONSEP desde la expedición de la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, promulgada en el Registro Oficial No. 523 de 17 de septiembre de 1990, pero hasta la actualidad el Procurador conserva su calidad de Presidente del Consejo Directivo del CONSEP, aún cuando a

nuestro criterio ello ya no guarda relación con la misión de la Procuraduría General del Estado, sino que se trata de una calidad que debería asumir el Ministerio Público, a través del Fiscal General del Estado, como el encargado de impulsar el proceso penal.

Mediante reforma introducida a la Constitución Política de la República, por ley publicada en el Registro Oficial No. 863 de 16 de enero de 1996, se crea una sección denominada ~~%Del~~ Ministerio Público, luego de aquella que regulaba las atribuciones de la Procuraduría General del Estado, con lo que finalmente se hace realidad la aspiración de que se separen funciones de naturaleza diferente, que hasta entonces se ejercían por un solo organismo, la Procuraduría General del Estado, que tenía dos máximas autoridades, con igual jerarquía, el Procurador General del Estado por un lado y el Ministro Fiscal General por otro, ambos designados por el H. Congreso Nacional, lo que generaba dificultades de carácter administrativo y funcional.

Como consecuencia de la reforma constitucional de enero de 1996, finalmente se definieron competencias. Correspondería a la Procuraduría General del Estado, cuya autonomía se conservaba, el patrocinio del Estado, y al Procurador su calidad de ~~%único~~ representante judicial, así como el asesoramiento legal; y al Ministro Fiscal General, los ministros fiscales distritales y los agentes fiscales, el ejercicio del Ministerio Público.

Acorde a la nueva estructura introducida por la reforma constitucional, se promulgó una nueva Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en el Registro Oficial No. 26 de 19 de marzo de 1997, pero quedó vigente la antigua Ley, en lo relacionado con la Procuraduría General del Estado, hasta la expedición de su propia Ley Orgánica en el Registro Oficial No. 335 de 9 de junio de 1998, que rigió hasta el 2001.

En la actualidad, la Constitución de 1998, en sus artículos 214, 215 y 216, ubicados en el Título X ~~%De los Organismos de Control~~, se refieren a

la Procuraduría General del Estado como un organismo autónomo al que corresponde el patrocinio del Estado y el asesoramiento legal.

En el Registro Oficial No. 372 de 19 de julio del 2001, se publicó la nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que derogó a la anterior promulgada en 1998, y que en lo principal ratifica la autonomía del organismo y confiere al Procurador la calidad de representante judicial del Estado, y cuyo contenido será comentado más adelante.

Es preciso hacer notar que si bien la separación de la Procuraduría General del Estado y del Ministerio Público, permitió la definición de funciones, en la práctica ocasionó, al menos al inicio, graves inconvenientes operativos a la Procuraduría, pues se dejó de contar con el apoyo de los Ministros Fiscales Provinciales y Agentes Fiscales, a quienes se delegaba el ejercicio del patrocinio del Estado, por la facilidad de acceso a los procesos, en tanto los Fiscales se hallaban, como hasta hoy sucede, distribuidos en todo el territorio nacional, y por otro lado hasta entonces siendo administrativamente dependientes de la Procuraduría, los Fiscales podían ser instruidos por el Procurador para la defensa de los juicios en los que fuere parte el Estado. En la actualidad la Procuraduría se halla seriamente limitada en el ejercicio efectivo del patrocinio del Estado, en causas que se sustancian fuera de las capitales de las provincias en que funciona su sede y las Delegaciones Distritales, ubicadas en las provincias del Guayas, Manabí, Chimborazo y Azuay.

3.4. Funciones y Atribuciones

Como se mencionó en el acápite anterior, de conformidad con los artículos 214 y 216 de la vigente Constitución Política de la República, la Procuraduría General del Estado es un organismo autónomo, esto es independiente en el ejercicio de sus funciones, respecto del Ejecutivo, que

interviene en la designación de Procurador únicamente al proponer la terna de candidatos, pues el nombramiento propiamente dicho corresponde al H. Congreso Nacional.

Las atribuciones de la Procuraduría General del Estado le son asignadas tanto por la Constitución de la República, como por su Ley Orgánica recientemente promulgada, así como por la Ley de Contratación Pública, la Ley Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, y la Ley de Arbitraje y Mediación, y son fundamentalmente las siguientes:

- El Patrocinio del Estado

El patrocinio supone la defensa en juicio; como ya se expresó, constituye la función que a nuestro criterio, da carácter y justifica la existencia de la Procuraduría, cuyo titular tiene la calidad de representante judicial del Estado.

Se debe entender que de conformidad con el artículo 118 de la Constitución Política de la República, el Estado está integrado por todos aquellos organismos y dependencias que conforman el sector público, esto es por las tres Funciones en que el poder público se divide: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, además de los organismos electorales, los de control, los del régimen seccional, los creados por ley para el ejercicio de la potestad estatal o la prestación de servicios públicos, y las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

El patrocinio del Estado comprende actividades de carácter procesal como proposición o contestación de demandas, según corresponda, actuación de pruebas, presentación de alegatos tanto orales como escritos, interposición de recursos, y en general la intervención en procesos judiciales en los que sean parte instituciones o dependencias estatales, en todas las

materias, esto es: civil, penal, laboral, contencioso administrativo y fiscal, tanto dentro como fuera del país.

La vigente Ley amplió el carácter de esta atribución, pues en los literales b) y c) del artículo 5, dispone que el patrocinio del Estado se ejercerá no solo en los procesos judiciales, sino además en los de carácter administrativo y arbitral; pese a que la ley omitió referirse expresamente a los procesos de mediación, la Procuraduría a través de la Dirección de Patrocinio también interviene en estos casos, precautelando los intereses públicos, considerando que procede la mediación en materias transigibles, y por cuanto de conformidad con el literal f) del citado artículo 5 de su Ley Orgánica, en concordancia con el artículo 12 de la Ley, el Procurador tiene la atribución de autorizar a los organismos y entidades del sector público, desistir o transar.

La ley distingue el carácter del patrocinio que presta la Procuraduría, según las entidades cuenten o no con personería jurídica; en el primer caso, de conformidad con el literal c) del artículo 3 de la Ley Orgánica, en concordancia con el artículo 7 ibídem, corresponde a la Procuraduría supervisar el desenvolvimiento del proceso, pues las entidades y organismos con personería jurídica comparecerán por intermedio de sus representantes legales o procuradores judiciales, quienes son civil, administrativa y penalmente responsables; mientras que, respecto de entidades sin personería jurídica, compete a la Procuraduría intervenir como parte procesal, directamente o a través de delegación, que de conformidad con el inciso quinto del artículo 6 de la Ley podrá otorgar a los funcionarios de la Procuraduría.

- El Asesoramiento Legal

Le ha correspondido a la Procuraduría General del Estado prestar asesoramiento jurídico tradicionalmente, sin embargo, en el último tiempo esta atribución ha adquirido especial trascendencia debido a dos motivos: primero a que se ha extendido la facultad en beneficio de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, y segundo a que se le ha asignado a dicho asesoramiento el carácter de obligatorio para la Administración.

Los dos aspectos a los que se acaba de hacer referencia, fueron incorporados en la primera Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, y se han mantenido en la nueva Ley, evidentemente sin perjuicio de las atribuciones de la Función Legislativa, a la que compete interpretar la ley con carácter generalmente obligatorio, así como del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, en el ámbito de sus respectivas competencias.

La atribución de prestar asesoramiento legal, se limita a los casos en los que el tema materia de la consulta no esté sometido a resolución de jueces o tribunales, y en ejercicio de ella, corresponde al Procurador ~~pre~~cautelar el control de la legalidad de los actos del sector público y los intereses del Estado.⁸¹; como se puede observar, es de ésta facultad, de la que surge la calidad de organismo de control.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, prevé en su artículo 13, la posibilidad de que por una sola vez, se solicite la reconsideración del pronunciamiento del Procurador, quien podrá ratificarlo o rectificarlo. La reconsideración es obligatoria para la entidad consultante cuando el pronunciamiento le fuere adverso. En todos los casos, el

⁸¹ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, artículo 13 inciso final.

pronunciamento del Procurador, debe estar debidamente motivado en derecho.

A nuestro criterio, resulta impropio e inconveniente haber extendido el asesoramiento legal a instituciones que no integran el sector público, como son las Cámaras por ejemplo, pues empresas privadas o personas particulares, socias de dichos organismos, se han valido de ellos para formular consultas a la Procuraduría, pese a que disponen de sus propios abogados, lo que ha incrementado de manera importante el volumen de consultas que la Procuraduría debe absolver, como se va a ver más adelante; y por otro lado, como ha sucedido en la práctica, ello ha servido para que los propios pronunciamientos de la Procuraduría se utilicen luego como prueba en contra del Estado en procesos judiciales, entrando en conflicto la atribución de asesorar con la de patrocinar, y demostrando lamentablemente una falta de coordinación entre las diferentes Direcciones de la entidad.

Muestra de lo dicho se produjo en el amparo constitucional No. 538-2001 EC, que propuso Carlos Romero Vinueza en contra del Ministerio de Economía y Finanzas, cuyo conocimiento y resolución correspondió por sorteo al Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha, y luego por apelación al Tribunal Constitucional. En este caso, el actor, distorsionando un pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, contenido en el oficio No. 08880 de 17 de noviembre de 1999, relacionado con un trámite de expropiación de un inmueble, solicitó el pago de una importante cantidad de dinero, pese a que en el pronunciamiento se aclaró que las opiniones de la Procuraduría no constituyen orden de pago ni pueden ser utilizadas en un trámite judicial. Pese a ello, el juez dispuso el embargo de la cuenta del Tesoro Nacional, asignada al Ministerio de Economía y Finanzas; el Procurador impugnó la providencia judicial y el asunto está pendiente de resolución.

- El Control Legal de la Contratación Pública

El control de la legalidad en materia de contratación pública, también corresponde a la Procuraduría General del Estado, que lo ejerce a través de la emisión de informes y dictámenes previos a la celebración de contratos por parte de las instituciones del Estado, de conformidad con el artículo 14 de su Ley Orgánica, en concordancia con la Ley de Contratación Pública, cuya codificación se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero del 2001.

De conformidad con el artículo 60 de la Ley de Contratación Pública, en forma previa a la celebración de los contratos sometidos al ámbito de dicha ley, esto es ejecución de obras, prestación de servicios y adquisición de bienes, que hubieren sido adjudicados siguiendo los trámites de licitación o concurso público de ofertas, o cuyo monto iguale o exceda la base para el concurso, se requerirá el informe del Procurador General del Estado. La falta de informe constituye causal de nulidad del contrato, de acuerdo con lo que dispone el literal b) del artículo 58 ibídem.

En la emisión de informes previos a la celebración de contratos, la Procuraduría realiza un control de la legalidad, consistente en revisar que se haya observado el procedimiento precontractual que corresponda, y que las cláusulas del proyecto de contrato estén ajustadas a derecho.

3.5. Las Leyes Orgánicas de la Procuraduría General del Estado

Como se revisó en la reseña histórica, a lo largo de su vida institucional, la Procuraduría ha regido su accionar por las normas contenidas en la Ley de Patrocinio del Estado, y luego por la Ley Orgánica

del Ministerio Público, hasta que se promulgó la primera Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en 1998, sustituida por la vigente Ley, que fue expedida en el 2001.

En todas estas leyes se regularon como atribuciones fundamentales de la Procuraduría, el patrocinio del Estado y el asesoramiento legal. Sobre estos temas, se va a revisar a continuación, la forma en que fueron regulados en las dos Leyes Orgánicas que han regido la actividad de la Procuraduría General del Estado, desde su separación del Ministerio Público.

La primera Ley Orgánica introdujo algunas modificaciones relacionadas con el accionar de la entidad, que fueron las siguientes:

En materia de patrocinio del Estado:

- Responsabilidad de los personeros legales de las entidades públicas con personalidad jurídica, respecto a su defensa en juicio.
- Responsabilidad personal, directa y exclusiva, del delegado del Procurador, en el ejercicio de la defensa del Estado.
- Igualdad procesal entre el Estado y los particulares.
- Posibilidad de que las instituciones públicas se allanen, desistan y transen, a fin de poner fin a los litigios en los que intervengan.
- Contratación de abogados particulares por el sector público, para que asuman la defensa administrativa o judicial de sus derechos e intereses, o asesores jurídicos para el tratamiento de asuntos de interés excepcional, que en uno y otro caso requieran de conocimientos y experiencias especializados.
- Modificación de las reglas sobre citación de demandas al Procurado.
- Norma especial sobre abandono.

Hasta entonces, el Procurador en su calidad de representante judicial del Estado, vigilaba los juicios en los que fueran parte instituciones públicas que contaran con personería, pero ello, sin perjuicio de poder intervenir en

cualquier instancia y estado procesal en que se encontrara el juicio, de considerarlo necesario, lo que en la práctica permitía que la Procuraduría realmente coadyuvara efectivamente en la defensa de las causas y en muchas ocasiones lograra que se enderecen procedimientos, precautelando los intereses del Estado.

La igualdad procesal que se introdujo en esta ley, constituyó un error que en poco tiempo quedó en evidencia, pues suponía en realidad una desventaja frente a los particulares, en virtud del volumen de causas en las que la Procuraduría debe intervenir, que no guarda proporción con la cantidad de abogados de que dispone la entidad; la igualdad procesal del Estado y los particulares, significó la eliminación del término especial del que disponía el Estado para contestar demandas, plenamente justificado en virtud del número de juicios en los que la Procuraduría interviene; así como la eliminación de la institución procesal de la consulta de las sentencias adversas al Estado, que de alguna manera constituía una garantía de que los fallos fueran revisados por el órgano judicial superior.

Por otro lado, el asignar responsabilidad exclusiva al delegado del Procurador, en el ejercicio de la defensa judicial, rompe el principio de Derecho Administrativo, según el cual en materia de delegación, la responsabilidad es compartida entre delegante y delegado; además en la práctica, se reducía la fuerza moral de la defensa, pues para citar solo un ejemplo, un alegato suscrito y por tanto avalizado por el propio Procurador del Estado, en lugar de un funcionario de menor rango, suponía una mejor presencia institucional ante la Función Judicial.

En materia de asesoramiento:

- Ampliación de la atribución de la Procuraduría, en beneficio de organizaciones sociales legalmente constituidas, previa consulta a las autoridades u organismos a los cuales afectare.

- Obligatoriedad de los dictámenes que emita el Procurador, para la administración.
- Se crea además la institución de la reconsideración.

El asesoramiento que prestaba la Procuraduría, hasta antes de la promulgación de su primera Ley Orgánica, tradicionalmente se había limitado, con propiedad, al sector público, en virtud del carácter de la institución, de ser la abogada del Estado; por otro lado, si bien el asesoramiento no era de forzoso acatamiento para la administración, por su origen y calidad, gozaba de gran prestigio y autoridad moral; y no existía límite para solicitar su revisión.

La segunda Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que derogó y sustituyó a la primera, y que rige en la actualidad, en lo principal introdujo las siguientes modificaciones:

En materia de patrocinio:

- Extendió el patrocinio a los procedimientos administrativos y a los de solución alternativa de conflictos, en concordancia con la Ley de Arbitraje y Mediación.
- Eliminó el requisito de que se cite al Procurador en los juicios propuestos en contra de entidades con personalidad jurídica, disponiendo que la sola notificación sería suficiente.
- Faculta a los agentes diplomáticos y consulares del Ecuador, para representar al Estado ecuatoriano en los juicios y diligencias judiciales que se propongan en el exterior, sin necesidad de poder especial.
- Restableció el término especial para contestar demandas de que dispone el Estado.
- Introdujo un término especial para interponer el recurso de casación por parte de los organismos y entidades del sector público; y los exime de la obligación de rendir caución

En materia de asesoramiento:

- Introdujo el término de quince días para la reconsideración de los pronunciamientos del Procurador.
- Exige que conjuntamente con la consulta, la entidad que la formula acompañe todos los antecedentes necesarios, así como su criterio jurídico.
- Permite que el Procurador presente proyectos de ley, en las materias que correspondan a sus atribuciones específicas.

Como se puede observar, de conformidad con la legislación vigente, el Procurador ha dejado de tener la calidad de ~~%único+~~representante judicial del Estado, que mantuvo hasta antes de las reformas constitucionales que empezaron a regir en agosto de 1998. Ello implica que se ha reducido su competencia en materia de patrocinio del Estado, limitándola casi exclusivamente a la Función Ejecutiva.

La intervención de la Procuraduría en trámites administrativos, aún cuando en ellos estén interesadas las instituciones del Estado, resulta impropia en tanto dichos trámites no tienen el carácter de judiciales y por tanto no ameritan el patrocinio judicial. En la práctica la Procuraduría no interviene en estos asuntos.

El restablecimiento del término especial de 20 días para que el Estado conteste la demanda, así como la introducción del término especial de 15 días para que las instituciones públicas puedan interponer el recurso de casación sin la obligación de rendir caución, permite que la defensa del estado en juicio pueda ser más eficiente, pues confiere la posibilidad de coordinar entre la Procuraduría y las respectivas entidades, a fin de mantener un criterio uniforme en la defensa, y como se dijo antes, se justifica en función del volumen de causas en las que es parte el Estado.

En cuanto al asesoramiento legal, es positivo que se exija a la entidad consultante que acompañe los antecedentes necesarios para absolver la consulta, pues ello permite que la Procuraduría cuente con suficientes elementos de análisis para emitir su criterio; así mismo, el hecho de que la propia entidad exponga su opinión sobre el tema, implica que la consulta se motive debidamente.

3.6. El Asesoramiento Legal como Contribución a la Seguridad Jurídica

El complicado procedimiento para la interpretación auténtica de la ley, que le corresponde de manera exclusiva al H. Congreso Nacional, de conformidad con el numeral 5º del artículo 130 de la Constitución Política de la República, ha dado lugar a que las instituciones que integran el sector público, e inclusive la propia Función Legislativa, recurran con frecuencia al asesoramiento de la Procuraduría General del Estado.

3.4.1. Datos Estadísticos

A continuación se presenta información relacionada con la evolución que se observa respecto al volumen de consultas que ha absuelto la Procuraduría General del Estado en el último decenio; luego se revisará el origen de las mismas en el último período, y finalmente se hará referencia al porcentaje de reconsideraciones de los pronunciamientos.

La información que se presenta, se ha tomado de los informes de labores presentados por la Procuraduría General del Estado al H. Congreso Nacional, así como de los reportes de la Dirección de Consultoría, área encargada de la materia.

- Volumen de Consultas

El pronunciamiento del Procurador adquirió la calidad de vinculante u obligatorio, desde la promulgación de la primera Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en 1997, carácter que conserva hasta la actualidad, lo que ha dado lugar a que se haya incrementado de manera importante la cantidad de consultas que la entidad debe atender, como lo demuestra el siguiente cuadro, correspondiente a los períodos comprendidos entre los años 1990 y 2002, elaborado a base de los informes presentados por los respectivos Procuradores al Congreso Nacional.

CUADRO No. 1
EVOLUCION DE CONSULTAS

PERIODO	CONSULTAS ABSUELTAS		REVISION DE PROYECTOS (de leyes, reglamentos y Decretos Ejecutivos)	TOTAL
	Derecho General	Contratación Pública		
1990-1991	176	75	29	280
1991-1992	400		72	472
1992-1993	313		7	320
1993-1994	304		16	320
1994-1995	383*		11	394
1995-1996	437*		22	459
1996-1997	No se dispone de datos	No se dispone de datos		----
1997-1998**	603	601		1204
1998	966	55		1021
1999	1274	536		1810
2000	1160	455		1615
2001	1156	186		1342
2002	876	227		1103
1998-2002	5432	1449		6881

*Incluye datos de contratación pública

**En el año 1998, hubo designación de nuevo Procurador por parte del H. Congreso Nacional, de manera que la información detallada consta en diferentes informes a la Nación, por lo que en el cuadro aparece dividida en dos períodos, el primero incluye datos hasta julio del año 1998, y el segundo incluye información correspondiente al mismo año, pero únicamente a los meses de agosto a diciembre.

De la información constante en el cuadro, se desprende lo siguiente: si se toma como año base para el análisis el período 95-96, que es el que mayor número de consultas presenta antes de la promulgación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, ello significa que el volumen total de casos en los que la Procuraduría prestó asesoramiento legal, se incrementó en un 222,44% para el año 98; mientras para el período 1999, el incremento fue del 394,33%, para luego bajar ligeramente a partir del año 2000, al 351,85%; al 292,37% en el año 2001; y al 240,30% para el año 2002.

La información contenida en el cuadro refleja la forma como ha evolucionado la actividad de la Procuraduría General del Estado en materia de asesoramiento; se observa claramente como el volumen de consultas absueltas se incrementó de manera importante a partir del año 1998, que coincide con la promulgación de la primera Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que como se recordará, asignó el carácter de vinculante u obligatorio para la administración, al pronunciamiento del Procurador, y extendió la competencia de la Procuraduría, para absolver consultas provenientes de organizaciones sociales.

El importante incremento inicial en el volumen de consultas que ha absuelto la Procuraduría General del Estado a partir de 1998, a nuestro juicio se podría deber a las siguientes causas: el carácter de vinculante que las Leyes Orgánicas le han asignado al pronunciamiento del Procurador, la extensión del asesoramiento a las organizaciones sociales, y la incidencia de

las causas de inseguridad jurídica que se han analizado en el capítulo anterior, pues gran parte de las consultas se formulan por dudas generadas por reformas sucesivas a los textos legales y derogatorias genéricas.

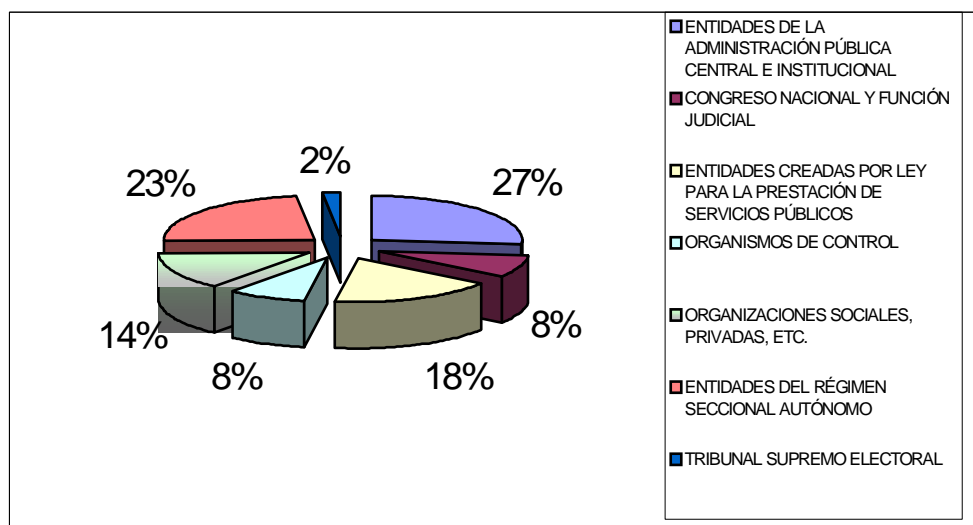
En cualquiera de los eventos, el ejercicio de la atribución de asesoramiento por parte de la Procuraduría General del Estado ha adquirido especial trascendencia en el campo del Derecho Público, y se ha convertido en verdadera jurisprudencia administrativa, lo que sin duda constituye un aporte a la seguridad jurídica en materia de Derecho Público.

- Origen de las consultas

Según se desprende del último informe de labores de la Procuraduría General del Estado, correspondiente al período 1998-2002, el mayor número de consultas que absuelve la institución, proviene de las entidades que integran la Administración Pública Central, esto es básicamente de las diferentes Secretarías de Estado, y en general dependencias de la Función Ejecutiva.

Conforme se podrá observar en el gráfico que se encuentra a continuación, el segundo lugar en cuanto a consultantes, corresponde a los organismos del régimen seccional autónomo, esto es Consejos Provinciales, Municipios y Juntas Parroquiales; a continuación, esto es en el tercer lugar, se ubican las consultas que plantean las entidades creadas por ley para la prestación de servicios públicos, como es el caso de las Autoridades Portuarias, el Servicio de Rentas, etc; y en cuarto lugar, las provenientes de organizaciones sociales y privadas, como Cámaras de la Producción y Colegios Profesionales, seguidas después por aquellas formuladas por el Congreso Nacional y los organismos de control.

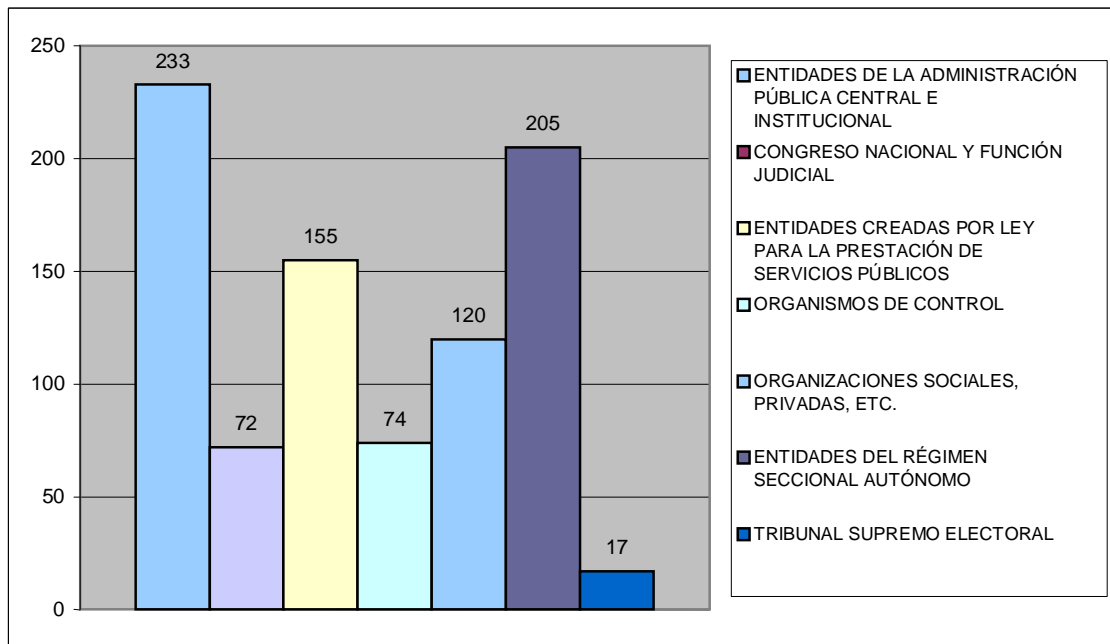
GRAFICO No. 1 ORIGEN DE LAS CONSULTAS



Es importante destacar que la ubicación de las consultas provenientes de las organizaciones sociales y privadas, ha variado en los diferentes períodos de gestión de la Procuraduría General del Estado; en el año 2001, por ejemplo, según lo refiere el informe interno de la Dirección de Consultoría, estas consultas ocuparon el tercer lugar, de lo que se desprende que los organismos sociales constituyen una importante fuente de consultas para la entidad.

De la información que refleja el gráfico, correspondiente al año 2002, cabe destacar que el 14% de las consultas que fueron planteadas ante la Procuraduría, provinieron del sector privado, y se formularon a través de organizaciones sociales. En el año 2001, éstas consultas representaron el 17% de los casos, y ocuparon el tercer lugar, según la información de la Dirección de Consultoría.

**GRAFICO No. 2
TOTAL DE CONSULTAS INGRESADAS A LA PGE
DURANTE LOS MESES DE ENERO A SEPTIEMBRE DEL 2002**



Este segundo gráfico también refleja el origen de las consultas ingresadas a la Procuraduría General del Estado, durante el año 2002; de él cabe destacar que el propio Congreso Nacional, órgano al que de conformidad con la Constitución compete la interpretación auténtica de la ley, también ha requerido asesoramiento legal a la entidad.

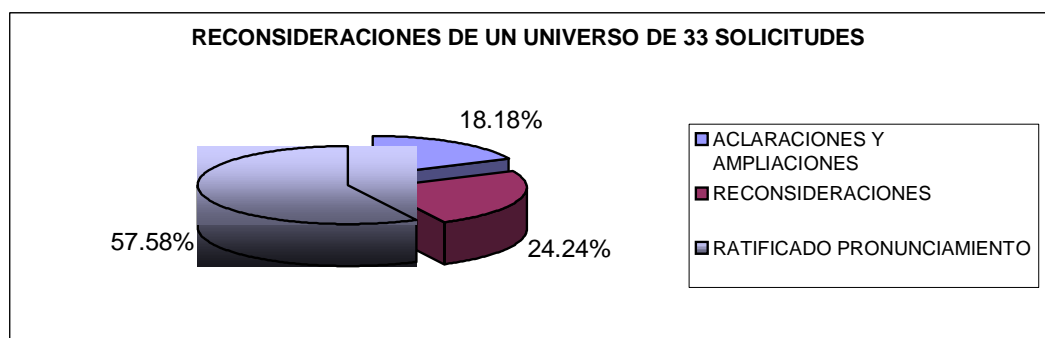
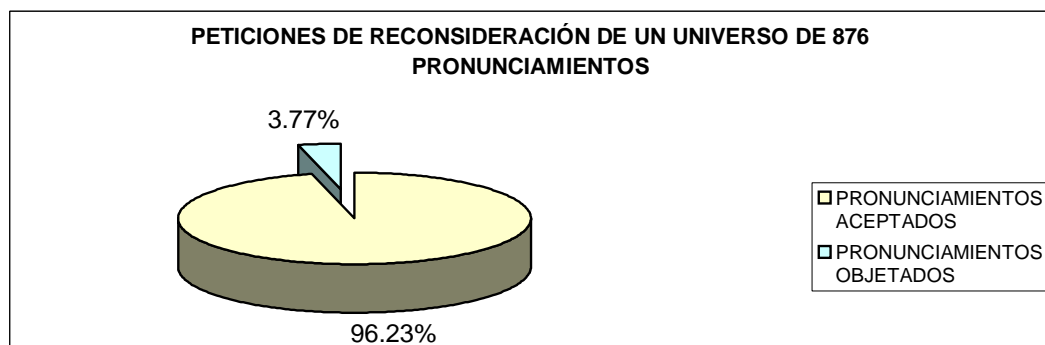
- **Porcentaje de Reconsideraciones**

La reconsideración de los pronunciamientos del Procurador se incorporó formalmente con la expedición de la primera Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y se ha conservado en la ley vigente, cuyo

artículo 13 dispone que el consultante tiene la facultad de solicitar la reconsideración dentro del término de quince días contados desde la notificación del pronunciamiento.

En el caso de ser aceptada, la reconsideración supone la rectificación, ampliación, o reforma del pronunciamiento anterior, lo que en la práctica ocurre en un muy bajo porcentaje de casos, según consta en el informe de labores presentado por el señor Procurador General del Estado al H. Congreso Nacional. En dicho informe se expone que en el año 2002, las peticiones de reconsideración constituyeron apenas el 3,77% del total de consultas absueltas en dicho período, conforme lo reflejan los siguientes gráficos.

GRAFICOS Nos. 3 y 4



Del total de peticiones de reconsideración, el porcentaje de pronunciamientos modificados representó en el año 2002 el 24,24%; fueron ampliados el 18,18% de pronunciamientos, y ratificados el 57,58%, esto es la mayor parte. En el año 2001, según el informe de la Dirección de Consultoría de la Procuraduría General del Estado, el porcentaje de peticiones de reconsideración, fue del 4,41% del total de consultas absueltas.

De los datos referidos se desprenden dos asuntos importantes: que en los últimos dos años, se nota una tendencia a la reducción del número de pronunciamientos que son materia de reconsideración, y que en la mayor parte de estos casos, el pronunciamiento es ratificado, lo que a su vez revela el alto nivel de efectividad de la gestión de la Procuraduría, en bien de la seguridad jurídica.

- Difusión Jurídica

Si bien los extractos de los pronunciamientos del Procurador se publican en el Registro Oficial, en cumplimiento de la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica de la entidad, con el fin de contribuir a la difusión de la labor de asesoramiento que proporciona la Procuraduría General del Estado, desde el año 1998, se han editado seis Boletines Jurídicos, en los que constan, en resumen, tanto las consultas como los respectivos pronunciamientos emitidos por la entidad, sobre las más variadas materias vinculadas con el Derecho Público, clasificadas tanto por materias, como por temas, con lo cual se pretende facilitar tanto a las entidades públicas, como a los profesionales del derecho en general, el fácil acceso a los pronunciamientos, constituyéndose así en un medio eficaz de consulta jurídica.

Adicionalmente, durante el período en que ejerció el cargo el doctor Ramón Jiménez Carbo, la Procuraduría General del Estado, publicó dos Revistas de Derecho Administrativo, y en la actualidad se encuentra preparando la tercera, en las que se incluyen estudios jurídicos elaborados por abogados tanto de la entidad, como de juristas de reconocido prestigio a nivel nacional, con la intención de contribuir a la creación de una conciencia de respeto de la normativa jurídica.

La Procuraduría cuenta además, con una página WEB que contiene información relacionada con las actividades que desarrolla la institución en sus diversas áreas; en ella se explica brevemente el procedimiento que se debe observar para plantear una consulta a la Procuraduría, entre otros datos de interés.

- Plan Estratégico

La Procuraduría General del Estado cuenta en la actualidad con un Plan Estratégico, en el que se han definido su visión, misión y objetivos institucionales.

El contribuir a la seguridad jurídica del país, es el elemento central en torno al cual gira la visión de la Procuraduría, que ha sido concebida en los siguientes términos:

En el 2012, la Procuraduría General será un órgano indispensable de control del Estado, con el mayor reconocimiento nacional, que contribuya a la seguridad jurídica del país, a través del ejercicio pleno de sus competencias de forma desconcentrada y se constituirá en el Centro de Desarrollo de doctrina y jurisprudencia del Derecho Público ecuatoriano.⁸²

⁸² PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO, Informe de Labores 1998-2002.

En cuanto a la misión de la Procuraduría se recogen sus principales atribuciones, establecidas legalmente; y respecto a los objetivos institucionales, es importante destacar el que se haya incluido uno relacionado con la unificación de criterios jurídicos y su adopción con carácter institucional, a fin de generar una doctrina de Derecho Público.

- Opinión de Juristas

La autora de este trabajo, consideró importante, consultar el criterio de varios distinguidos juristas, magistrados especializados en materia de Derecho Administrativo, a quienes solicitó su opinión sobre la conveniencia de que el pronunciamiento del Procurador, tenga el carácter de vinculante.

El señor doctor Carlos Pérez Patiño, ex Director Nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado, y en la actualidad magistrado de la Primera Sala del H. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, en entrevista concedida el 26 de febrero del 2003, recordó que, de conformidad con la antigua Ley de Licitaciones, y la actual Ley de Contratación Pública, la Administración tiene la obligación de obtener el dictamen de la Procuraduría previo a la celebración de los contratos sometidos a su ámbito, en cuyo caso las observaciones que en él se realicen, se deben incorporar al texto definitivo del contrato; por otro lado, hizo notar que en cambio, el dictamen o pronunciamiento que emite el Procurador en ejercicio de su atribución de asesoramiento, es un informe, y por tanto no tiene el carácter de resolución, por lo que haberle dado la calidad de vinculante, conferiría a la Procuraduría prácticamente la facultad de administrar justicia, lo que no le concierne, por ser atribución exclusiva de la Función Judicial, a través de los órganos competentes. Agrega que el pronunciamiento no puede estar por sobre la ley, y por tanto, la

Administración no debería estar en la obligación de acogerlo, si éste estuviera en contradicción con su criterio; recuerda que, pese a que la antigua Ley no asignaba obligatoriedad al pronunciamiento del Procurador, su calidad determinó que goce de gran prestigio, por lo que en el 99% de los casos, se acogían los criterios de la Procuraduría.

En entrevista realizada el día 27 de febrero del 2003, el señor doctor José Julio Benítez, Ministro Presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Excma. Corte Suprema de Justicia, recordó que a diferencia del sistema francés, en el que el Consejo de Estado ejerce tanto la asesoría, como la jurisdicción administrativa, en el Ecuador, existe un sistema mixto, en el que la asesoría la presta la Procuraduría General del Estado, y la jurisdicción está a cargo de órganos judiciales especializados, como son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, y la correspondiente Sala de Casación en la Corte Suprema de Justicia, lo que genera cierta problemática.

El magistrado opina que al asignarse por la ley, obligatoriedad al pronunciamiento del Procurador, se genera una especie de seguridad jurídica+ únicamente para el órgano administrativo que formula la consulta, en tanto sabe como proceder; sin embargo, puede generar inseguridad jurídica para los administrados, porque si la Administración procede conforme al pronunciamiento, pero luego el caso llega a sede jurisdiccional, puede ocurrir que el órgano judicial rechace el criterio del Procurador.

Añade el doctor Benítez que, en tal evento, a su criterio, darle obligatoriedad al pronunciamiento del Procurador, puede constituir más bien una fuente de irresponsabilidad administrativa, pues en caso de juicio, la Administración salva su responsabilidad, respaldándose en el pronunciamiento del Procurador, pero en cambio se le quita al órgano administrativo, la oportunidad de ejercer su propia autoridad en profundidad, pues descarga la responsabilidad de la decisión, en la Procuraduría.

Considera el magistrado, que lo saludable sería que se mantenga una relación cordial entre la Procuraduría General del Estado y la Función Judicial, a base del principio de colaboración previsto en la Constitución, y finalmente, asegura que la inseguridad jurídica se combate con la jurisprudencia.

Por su parte, el señor doctor Marcelo Icaza Ponce, Ministro Interino de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Excma. Corte Suprema de Justicia, en entrevista de 27 de febrero del 2003, expuso su opinión en sentido concordante con el criterio de los dos magistrados consultados, esto es considera inconveniente que el pronunciamiento del Procurador tenga efectos obligatorios para la administración, en tanto confiere a dicho pronunciamiento una calidad similar a la de una Resolución judicial, lo que resulta impropio.

De la opinión de los juristas consultados, con la que coincide la autora de este trabajo, conforme se expuso en su oportunidad, se desprende la necesidad de examinar y rever la calidad de vinculante que la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado confiere al pronunciamiento del Procurador, en ejercicio de la atribución de asesoramiento, a fin de que éste contribuya eficazmente al fortalecimiento de la seguridad jurídica en nuestro país.

- Relación entre el Asesoramiento y el Patrocinio del Estado

A fin de considerar objetivamente la opinión de los ministros consultados, es importante revisar, aún cuando sea brevemente, la relación que existe en el área contencioso administrativa de la Dirección de Patrocinio del Estado, función esencial de la Procuraduría, en cuanto a las sentencias que los órganos judiciales especializados en la materia expiden.

Así, según se desprende de los diferentes informes de la labores de la entidad, se mantiene con alguna variación, la proporción de fallos a favor del Estado, en un porcentaje que fluctúa entre el 44% y el 60% de los casos, conforme se desprende del siguiente cuadro, elaborado sobre la base del informe de labores correspondiente al período comprendido entre 1998 y 2002:

CUADRO No. 2
SENTENCIAS FAVORABLES AL ESTADO
AREA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

AÑO	No. Total de Sentencias	A favor del Estado	Porcentaje
1999	434	266	61,29%
2000	186	83	44,62%
2001	190	112	58,94%
2002	324	214	66,04%

La información que el cuadro revela, referida únicamente al área contencioso administrativa, desvirtúa la generalizada opinión pública, equivocada, de que el Estado pierde los juicios; por el contrario, conforme se desprende de los datos, las sentencias a favor del Estado representan un importante porcentaje del total de fallos que expiden los órganos judiciales, en aquellos procesos en los que la Procuraduría interviene, lo que revela la eficiente gestión de la institución en materia de patrocinio. Cabe destacar que porcentajes similares a los que se muestra en este cuadro, se encuentran también en otras materias, como Civil y Laboral.

Si retomamos las palabras del magistrado doctor José Julio Benítez, en el sentido de que la jurisprudencia es el medio más eficaz para combatir la inseguridad jurídica, y las relacionamos con los resultados de la gestión del patrocinio del Estado que ejerce la Procuraduría, reflejadas en el porcentaje de fallos favorables al sector público, que constituyen jurisprudencia, podemos concluir que la evaluación del ejercicio de las atribuciones que la Ley confiere a la Procuraduría, es positiva, de lo que se desprende que la entidad, tradicionalmente ha contribuido al fortalecimiento de la seguridad jurídica en el Ecuador.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Es absolutamente evidente que todos los países que progresan tienen un rasgo en común: el respeto al Estado de Derecho, fundamental en un mundo globalizado, pues en él prevalecen los países serios, es decir aquellos que son predecibles y previsibles.

Es por ello, que resulta indispensable que se restaure la confianza en el Estado de Derecho, que ~~%~~ es mucho más que una palabra. Es convicción, una vivencia y una responsabilidad.⁸³

La seguridad jurídica, denominada también seguridad inmaterial o formal, constituye la base del Estado de Derecho, en tanto permite que éste pueda tener paz social y estabilidad política, condiciones que propician la seguridad y el desarrollo.

Más allá de la mera declaración formal que contiene la Constitución Política de la República, en su artículo 23 numeral 26, en este trabajo se ha entendido a la seguridad jurídica, como la garantía que el Estado asegura a los sujetos de derecho, de que el ordenamiento jurídico será aplicado objetivamente. No es otra cosa que la certeza del imperio de la ley, y se traduce en la confianza de que gozan los sujetos, sean estas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, así como la sociedad en general, que sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tienen fundadas expectativas de que éstas se cumplan.

⁸³ CORRAL, Fabián, (2003, enero 6), La Díficil Confianza, El Comercio, pg. A4.

El diagnóstico que se ha realizado a lo largo de este trabajo, sobre el estado de situación del Ecuador en materia de seguridad jurídica, así como la determinación de las principales causas que inciden en la problemática, han permitido determinar algunas alternativas de solución que se exponen a continuación.

4.1. ¿Cómo Enfrentar el Problema de la Inseguridad Jurídica?

El diagnóstico sobre el grado de inseguridad jurídica que existe en nuestro país, puede ser evaluado desde varias ópticas; una visión pesimista nos llevaría a la conclusión de que no existe tal seguridad jurídica, esto es que en el Ecuador no rige precepto jurídico alguno, lo que equivaldría a afirmar que vivimos en una sociedad anárquica, sin reglas que regulen la convivencia, en donde cada cual hace y deshace a su gusto, y en donde las autoridades siempre actúan arbitrariamente; ello supondría que al no existir Estado de Derecho, se requeriría refundar el Ecuador y reformular toda su estructura jurídico-administrativa.

Sin embargo, los problemas también se pueden enfrentar con una visión positiva; en tal sentido, se puede afirmar que en el Ecuador no existe una seguridad jurídica completa, pero ésta al menos es relativa, pues si bien hay casos en los que el ordenamiento jurídico no se aplica, o se inobserva, lo cual es especialmente grave cuando dicha actitud proviene de alguna autoridad pública, rige el Estado de Derecho, y no solo de manera formal, sino que existen mecanismos a través de los cuales se pueden corregir los abusos de autoridad y la indebida aplicación de la ley, lo que permite restablecer la seguridad jurídica. Ello implica que es posible superar las causas que generan inseguridad jurídica, adoptando las medidas adecuadas, tendientes a disminuir o eliminar su incidencia.

Es de esta última forma, como la autora del trabajo propone que se vea la problemática de la inseguridad jurídica en nuestro país, como un asunto que admite solución, la misma que implicará, necesariamente, un trabajo conjunto y coordinado entre todas las Funciones y entidades del Estado, así como la sociedad en su conjunto.

4.2. ¿Cómo combatir las causas que generan inseguridad jurídica?

En este trabajo se han analizado las principales causas generadoras de inseguridad jurídica, esto es, las que mayor incidencia tienen en nuestro país, enfocándolas especialmente al campo del Derecho Administrativo; pero, es necesario que, frente a cada una de ellas, se formulen recomendaciones, tendientes a eliminar su influencia.

Para que exista seguridad jurídica en un país, el ordenamiento que lo rige debe tener cierta estabilidad, además de ser coherente, y su aplicación estar garantizada a través de mecanismos eficaces.

- **Dar Estabilidad al Ordenamiento Jurídico**

La estabilidad no implica de manera alguna permanencia o inamovilidad de las normas, pues ello contraría la naturaleza misma del Derecho, que debe evolucionar conforme a las realidades que regula, pero tampoco es adecuado que las normas jurídicas se modifiquen constantemente, pues ello afecta directamente a los sujetos sometidos a su ámbito, que se ven obligados a modificar sus previsiones conforme a las nuevas reglas.

Para explicar y justificar la necesidad de que las normas tengan una relativa estabilidad, Ortega y Gasset, cita el cuento del gitano que va a confesarse, pero al preguntarle el sacerdote si sabe los mandamientos, éste le contesta: *«Mire usted padre, yo los iba a aprender, pero he oído por ahí un runrún de que los van a quitar»*. La inestabilidad le quita fuerza a la ley; de lo que se trata entonces, es de eliminar la idea de que el Derecho y las normas jurídicas pueden ser modificadas en cualquier momento, pues ello genera anarquía.

En nuestro país, y en ciertas materias, la ley es reformada con demasiada frecuencia. Es útil recordar el ejemplo de la Ley de Régimen Tributario Interno, que se citó en el primer capítulo de este trabajo; dicha ley, expedida en 1989, ha tenido más de treinta reformas, esto es, un promedio aproximado de tres reformas por año; su Reglamento ha sido modificado en nueve ocasiones; la tarifa del impuesto a la renta varía todos los años. En tales circunstancias, es muy difícil que los contribuyentes puedan adaptarse a un sistema tributario en permanente cambio.

Si lo referido ocurre con la ley, cuyo procedimiento de expedición y reforma es relativamente complejo, pues supone la participación tanto del Legislativo, como del Ejecutivo, es fácil deducir las proporciones que adquiere este problema, cuando se lo traslada al campo de los reglamentos, debido a la facilidad con la que sus normas pueden ser modificadas.

La recomendación no puede ser otra sino que los órganos legislativos del Estado ecuatoriano, es decir el H. Congreso Nacional, y cualquier otro órgano que tenga la atribución de dictar normas de carácter general, tengan prudencia al reformar el ordenamiento jurídico, y que, si la reforma es inevitable, se respete de manera estricta el principio de irretroactividad, pues de lo contrario se podrían vulnerar derechos adquiridos con anterioridad, y con ello generar no solo inseguridad jurídica, sino además conflictividad.

Además de ello, habría que pensar seriamente en establecer un límite a la posibilidad de reformar las normas legales, a través de un mecanismo similar al que se aplica para las reformas constitucionales, esto es estableciendo un adecuado período de tiempo entre el primero y segundo debates. Ello, evidentemente, se tendría que incorporar en la Constitución, dentro de la sección relativa al trámite ordinario de los proyectos de ley.

- **Procurar que las Normas Guarden Coherencia con las Demás**

La coherencia se refiere a la unidad que debe existir en el ordenamiento jurídico, es decir a la concordancia que deben guardar las normas que lo integran, aún cuando fueren de diversa jerarquía; si las normas no se contradicen, sino que por el contrario se complementan, se reduce la posibilidad de su interpretación subjetiva.

Para que el sistema jurídico sea coherente, se requiere corrección estructural, esto es una formulación adecuada de las normas que lo integran; y una corrección funcional, esto es el cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y por los órganos encargados de su aplicación.

La inflación normativa, esto es la enorme ~~pl~~plaraña legal+ en la que hasta los más hábiles profesionales del Derecho se pueden perder, causada a su vez por la multiplicidad de órganos legislativos con atribución para dictar normas de carácter general, y lo que es más grave, la falta de coherencia entre las mismas, rompen el principio de unidad del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, si es posible corregir ciertas distorsiones, como por ejemplo el hecho de que mediante la expedición de reglamentos, la Función Ejecutiva regule materias respecto de las cuales existe reserva de ley, pretendiendo acortar el trámite legislativo, con lo cual muchas veces se

crean para los administrados obligaciones que no estaban previstas en la ley que se dice reglamentar, o infracciones y sanciones, rompiendo el principio de reserva legal.

De conformidad con el artículo 141 de la Constitución, la tipificación de infracciones de cualquier naturaleza, se debe realizar exclusivamente por ley, sin embargo en la práctica existen infinidad de Reglamentos que establecen infracciones y sanciones. El doctor Luis Hidalgo, Gerente de Lexis, en su carta a los clientes, correspondiente a febrero del 2003, hace notar lo siguiente:

«Durante el año 2000, LEXIS S.A., con sus profesionales de planta, realizó una investigación del contenido de la legislación secundaria emitida por los órganos de la Función Ejecutiva, para extraer e identificar los artículos que tipificaban infracciones penales y administrativas que, en forma evidente, estaban en contradicción con las normas constitucionales.í hay un millar de artículos tipificadores de infracciones, muchos de ellos con procedimiento administrativo para el juzgamiento a los transgresores y con penas desde multas hasta órdenes de privación de la libertad.»⁸⁴

Es evidente, que las infracciones así establecidas, son absolutamente inconstitucionales.

En esta materia, la recomendación consiste en que la Función Ejecutiva, a través de la Presidencia de la República y los respectivos Ministerios de Estado, derogue de oficio, las normas reglamentarias que crean infracciones de cualquier naturaleza, por tener vicios de origen. No cabe, en un régimen respetuoso del Derecho, esperar que se proponga una acción de inconstitucionalidad, para lo cual previamente se deberán recoger al menos mil firmas, y que ésta sea sustanciada y resuelta por el Tribunal Constitucional, para que se disponga la suspensión de estas normas; en Derecho, las cosas se deshacen como se hacen, solo hace falta la decisión del señor Presidente de la República.

La Comisión Jurídica de Depuración Normativa, creada en el gobierno del doctor Gustavo Noboa, y dependiente de la Presidencia de la República, que logró ya eliminar parte de la caduca legislación secundaria de la Función

⁸⁴ HIDALGO LOPEZ, Luis, (2003, febrero), Carta del Mes, Lexis.

Ejecutiva, debe continuar trabajando en esa tarea, para lo cual es fundamental que se integre con juristas especializados.

Por otro lado, las inconvenientes prácticas adoptadas por el Congreso Nacional, consistentes en la derogatoria genérica, y en legislar por excepción, han determinado que en la actualidad ya no se pueda saber con certeza qué está vigente y qué ha dejado de regir; además, se ha modificado la naturaleza de la ley, pues ya no responde a un criterio general y abstracto, sino que se destina únicamente a la resolución de problemas concretos.

Frente a esto, se recomienda que el H. Congreso Nacional, evite la derogatoria genérica y por el contrario, incluya un índice o tabla de vigencias en cada nueva ley que expida y que implique la derogatoria de normas anteriores, de manera que exista certeza sobre aquello que dejó de regir y lo que permanece vigente.

Para ello es de fundamental importancia el adecuado uso de la informática jurídica, pues la aplicación de la tecnología de la información al Derecho, facilita el establecimiento de los índices de vigencias.

Igual técnica debe ser usada por todos los órganos legislativos, esto es, que al reformar cualquier norma jurídica de menor jerarquía, el respectivo órgano, determine expresamente aquellas disposiciones de igual o inferior jerarquía, a las que la nueva regulación sustituye.

La codificación de las normas, es un mecanismo que apoyado por la informática, permite la adecuada sistematización del ordenamiento jurídico, y facilita su manejo, e inclusive la cita de las disposiciones; en tal sentido, los órganos legislativos del Estado, deberían codificar las normas de carácter general que expiden, periódicamente, y de manera especial cuando se han introducido modificaciones.

- **Establecer Mecanismos que Permitan la Efectiva Aplicación del Derecho**

Al enorme universo legal, se añade además la imposibilidad de conocerlo en su totalidad, debido al limitado sistema de difusión de las normas de carácter general, a través de su publicación en el Registro Oficial; esta realidad contrasta con la presunción legal de conocimiento de la ley, cuya permanencia en nuestro sistema resulta necesaria, por lo que es pertinente más bien idear mecanismos que amplíen el acceso de la ciudadanía a la legislación, al menos a aquella de uso más frecuente.

Se recomienda, por ejemplo, que los derechos de los usuarios de cualquier tipo de servicio, público o privado, establecidos en la Ley de Defensa del Consumidor, sean difundidos ampliamente, a fin de que se socialice su conocimiento y el usuario pueda exigir su debida aplicación. Para ello, se podrían usar mecanismos como por ejemplo, la obligatoriedad de que el prestador de un servicio, exhiba en un lugar visible de todos sus establecimientos, el texto de los derechos del usuario; o que en el reverso de las facturas por servicios, conste dicho texto.

Otro mecanismo podría consistir en que en cada institución pública, exista una oficina específica, encargada de atender y explicar a los administrados, los requisitos que sus peticiones deben reunir, el trámite que se le va a dar, el tiempo que va a demorar, sus obligaciones, etc., de manera que se eviten inconvenientes al ciudadano, cada vez que se acerque a averiguar por el estado de un trámite.

El uso de la informática también podría ayudar mucho, pues en las páginas web de las instituciones, se puede hacer constar los requisitos y en general los procedimientos que se deben observar para realizar peticiones; en la Función Judicial por ejemplo, es importante que se extienda a todos los

distritos judiciales el programa piloto ~~touch screen~~, pues ello permite que los propios interesados puedan consultar el estado de sus trámites.

Los medios de comunicación, también podrían contribuir a difundir en espacios especiales, la normativa jurídica de mayor importancia. Se podría incluir una disposición en la Ley de Radiodifusión y Televisión, que prevea esta obligación.

- **Simplificar los Procedimientos**

La aplicación de la ley, debe estar asegurada a través de mecanismos, tanto administrativos como judiciales, eficientes; en esta materia es fundamental que los procedimientos sean sencillos y ágiles; sin embargo, ya se hizo notar que en nuestro país existe más bien una diversidad de procedimientos administrativos, cada uno regulado por un cuerpo normativo diferente, que establece para cada caso, formalidades, requisitos previos, términos para formular las solicitudes o interponer los recursos, es decir que no exista uniformidad en la materia, lo que dificulta el eficaz ejercicio de los derechos por parte de los administrados.

Para combatir este problema, es necesario que se simplifiquen los trámites administrativos, para lo cual la Función Ejecutiva, debería elaborar un proyecto de Código de Procedimiento Administrativo, y someterlo al trámite pertinente ante el H. Congreso Nacional. Unificando el procedimiento, los términos de que disponen los órganos administrativos para resolver los asuntos, así como los administrados para efectos de interponer recursos, habría mayor certeza, y por otro lado, se eliminarían una serie de normas que regulan procedimientos especiales y que dificultan el efectivo acceso de los administrados a una atención eficiente por parte de la Administración.

- **Limitar la Discrecionalidad y el Uso de Conceptos Jurídicos Indeterminados**

Otra causa que genera inseguridad jurídica, y que se debe combatir es la excesiva discrecionalidad, pues conferir amplias facultades a los órganos administrativos, sin establecer los mínimos límites de su accionar, fomenta la arbitrariedad y constituye el caldo de cultivo propicio para males mayores como la corrupción.

En esta materia, se recomienda que tanto el H. Congreso Nacional, como los órganos legislativos de la Función Ejecutiva, y las demás instituciones del sector público, eviten la expedición de normas que confieran atribuciones discrecionales, y en los casos en los que excepcionalmente se asignen esta clase de facultades, se establezcan mecanismos eficientes de rendición de cuentas, a fin de evitar el abuso de poder.

Tomando en cuenta la importancia de que rija el principio de legalidad, es fundamental que la asignación de atribuciones a los diferentes órganos administrativos, establezca con claridad sus límites de acción, es decir se demarquen sus atribuciones, de manera que el ejercicio de la discrecionalidad se reduzca al mínimo, con lo cual se favorece además la transparencia en la gestión de los órganos administrativos.

Con el mismo fin, se debe evitar al máximo el uso de conceptos jurídicos indeterminados en las normas jurídicas, y por el contrario se deben establecer explícitamente los límites de acción del órgano administrativo.

Además de limitar la discrecionalidad, toda autoridad pública debe cumplir estrictamente el mandato constitucional de motivar sus resoluciones, sin que sea suficiente la mera enunciación de su competencia y de las normas en que se sustenta la decisión, sino que además se debe explicar la

forma en que los hechos materia de la resolución, encajan en las normas que se citan como fundamento.

Se debe además exigir la rendición de cuentas, para todos aquellos funcionarios que hubieren ejecutado actos en ejercicio de facultades discrecionales, que como hemos dicho deben sujetarse a límites objetivamente establecidos.

- **La Corte Suprema debe Ejercitar su Iniciativa para proponer Proyectos de Ley**

Es indudable que una justicia independiente y eficiente es esencial, pues a través del ejercicio de su atribución fundamental de administrar justicia, tiene un papel fundamental en el restablecimiento de la seguridad jurídica. Su cercanía con los ciudadanos, así como el manejo y aplicación de la legislación por parte de los jueces y magistrados, a los casos concretos, le coloca en una situación privilegiada, que le permite detectar los vacíos y ambigüedades que existen en el ordenamiento jurídico.

La seguridad jurídica implica que la administración de justicia actúe con cierta velocidad; un sistema judicial eficiente, justo y oportuno, es un elemento de vital importancia para el desarrollo económico, en tanto pone a disposición de los actores económicos, los escenarios adecuados para dirimir sus diferencias; solo así se atraerá la inversión pues se garantizaría que, en caso de que se presente una controversia, sus derechos serán respetados y sólo lo establecido por las leyes determinará la solución del conflicto.

En tal sentido, se recomienda que la Excma. Corte Suprema de Justicia, retome el ejercicio su derecho a la iniciativa legislativa, previsto en el numeral 3º del artículo 144 de la Constitución Política de la República, y proponga la reforma de los procedimientos judiciales, especialmente en

materia civil y contencioso administrativa, a fin de que se haga realidad la oralidad prevista en la norma fundamental, con lo cual se logrará agilizar el despacho de los juicios.

La Corte Suprema debería proponer la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuyos artículos 6 literal a) y 7, relativos a la potestad discrecional, están en contradicción con el artículo 196 de la Constitución, que establece la impugnabilidad de todo acto administrativo; dicha reforma, debería estar orientada a la derogatoria de los citados artículos.

Por su parte, el Consejo Nacional de la Judicatura, como órgano administrativo de la Función Judicial, a través de la Comisión de Recursos Humanos, debe revisar con frecuencia, la distribución de los jueces por el territorio, a fin de hacerla más coherente con las necesidades del servicio y corregir los desbalances existentes en la actualidad. Así mismo, a través de la Comisión competente, debe procurar que el programa ~~touch screen~~ se implemente en todos los distritos judiciales, pues ello contribuye a transparentar la administración de justicia y evita el contacto de los litigantes con los empleados judiciales.

- **Dotar al Tribunal Constitucional de Facultad para Establecer Fallos Dirimentes**

Se recomienda que el Congreso Nacional, agilice el trámite del proyecto de reformas a la Ley de Control Constitucional, en el que se ha propuesto añadir entre las atribuciones del Tribunal Constitucional, una que le permita unificar los fallos contradictorios, esto es, dictar una norma dirimente que armonice criterios y permita una aplicación uniforme del Derecho.

- **Sobre el Asesoramiento que presta la Procuraduría General del Estado**

La aplicación del principio de legalidad, supone que la Administración ajuste su accionar al ordenamiento jurídico; cuando éste es claro y coherente, los órganos administrativos pueden ejercer sus atribuciones con certeza, y los administrados por su parte, tener la confianza de que el Derecho se está aplicando de manera objetiva, pues de no ocurrir ello, las autoridades incurren en responsabilidad de carácter administrativo, civil, e inclusive penal, según el caso.

Sin embargo, cuando las normas no son lo suficientemente claras, sino por el contrario son ambigüas o contradictorias, ni las autoridades, ni los administrados, tienen seguridad jurídica, pues existen diversas posibilidades de interpretar las disposiciones, en cuyo caso, el asesoramiento resulta fundamental, pues confiere respaldo a la actividad de los órganos administrativos.

Dado el estado de la seguridad jurídica en el Ecuador, que se ha dicho, es apenas relativo, debido a la incidencia de las distintas causas que se han identificado, así como al complicado procedimiento para la interpretación auténtica de la ley, que le corresponde de manera exclusiva al H. Congreso Nacional, de conformidad con el numeral 5º del artículo 130 de la Constitución Política de la República, las instituciones que integran el sector público, e inclusive la propia Función Legislativa, recurren con frecuencia al asesoramiento de la Procuraduría General del Estado.

Los pronunciamientos de la entidad, por su calidad constituyen una verdadera jurisprudencia administrativa, que orienta el accionar del sector

público, y también son fuente de consulta para los profesionales vinculados con el área del Derecho Administrativo.

Sin embargo, a criterio de la autora de este trabajo, no es conveniente que el pronunciamiento del Procurador mantenga el carácter de vinculante, como lo prevé la legislación actual, pues ello puede generar el efecto contrario al deseado, una suerte de irresponsabilidad administrativa, una especie de ~~vacuando~~ de responsabilidad a la Procuraduría al momento de la toma de decisiones por parte de los órganos administrativos y su posterior sustentación ante los órganos judiciales.

En la práctica, el haber dado al pronunciamiento de la Procuraduría el carácter de obligatorio para la administración, ha determinado que en la actualidad, el Procurador virtualmente integre todos los organismos del Estado, pues no hay autoridad ni órgano colegiado alguno, que haya dejado de consultarle su criterio, de manera previa a la toma de alguna decisión.

Es muy importante tener presente, que en la emisión de sus pronunciamientos, la Procuraduría debe confiar en la información que le remite la entidad consultante, esto es en los antecedentes referidos en la petición de consulta, así como en aquellos datos que se le envíen en atención a los requerimientos que se realice, de manera que si tales datos están incompletos, es posible que se induzca a error al Procurador. Ya ha ocurrido en la práctica que, sometidos los asuntos a resolución judicial, recién entonces se hacen conocer ciertos detalles relevantes, de los cuales no se informó oportunamente.

De lo dicho se desprende la recomendación de que se elimine el carácter de vinculante del pronunciamiento del Procurador, introduciendo una reforma a la Ley Orgánica de la entidad, concretamente a los artículos 3 literal e), y 13 que se refieren a la materia.

Además, se debe estudiar la conveniencia de mantener la extensión del asesoramiento a las organizaciones sociales, que se prevé en el mismo

artículo 3, literal e) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, pues dichas instituciones no integran el sector público, y por otro lado, como se expuso en su oportunidad, ello ha servido para que los propios pronunciamientos de la Procuraduría se utilicen luego como prueba en contra del Estado en los procesos judiciales, entrando en conflicto la atribución de asesorar con la de patrocinar.

En materia de patrocinio del Estado, resulta impropio haber extendido la intervención de la Procuraduría a los trámites administrativos, en tanto dichos trámites no tienen el carácter de judiciales y por tanto no ameritan el patrocinio judicial, por lo que se debería eliminar la referencia a éstos, en los literales b) y c) del artículo 5 de la Ley Orgánica de la entidad.

Para fortalecer el patrocinio del Estado, es fundamental que se restituya en la Ley, la obligatoriedad de citar al Procurador General del Estado, en todos los juicios que interesen al sector público, y se establezca que la falta de citación producirá la nulidad del proceso, en los términos del numeral 4º del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil.

Como se manifestó en su oportunidad, la Procuraduría se halla seriamente limitada en el ejercicio efectivo del patrocinio del Estado, en aquellas causas que se sustancian fuera de las capitales de las provincias en que funcionan su sede y las Delegaciones Distritales, por lo que se recomienda restituir en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, la posibilidad de que se delegue el ejercicio del patrocinio del Estado a los Agentes y Ministros fiscales; ello supondría reformar las Leyes Orgánicas de la Procuraduría General del Estado y del Ministerio Público en ese sentido. Toda vez que la Procuraduría comparte con el Ministerio Público, los ingresos provenientes de la contribución prevista en la Ley de Contratación Pública, resulta equitativo, que éste sea recíproco, prestando su colaboración en materia de patrocinio del Estado.

Por otro lado, hasta la actualidad el Procurador conserva su calidad de Presidente del Consejo Directivo del CONSEP, sin embargo, ello ya no guarda relación con la misión de la Procuraduría General del Estado, sino que se trata de una calidad que debería asumir el Ministerio Público, a través del Fiscal General del Estado, como el encargado de impulsar el proceso penal; en tal sentido, se debería reformar la integración del CONSEP, prevista en la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotróficas, sustituyendo al Procurador General del Estado, por el Ministro Fiscal General, en virtud de la especialidad de la materia.

Dada la especialidad de cada rama del Derecho y su amplitud, es importante que tanto en el área de patrocinio del Estado, como en las de Consultoría y Contratación Pública, la Procuraduría General del Estado tienda hacia la especialización de sus abogados y personal jurídico, a fin de que mejore aún más su rendimiento; para ello, resulta indispensable establecer planes de capacitación permanente, que podrían incluir entre otros mecanismos, talleres y seminarios a desarrollar por la propia entidad, a través de una Dirección de Capacitación, que estaría dirigida por el señor Subprocurador.

Asimismo, se podrían celebrar convenios con Universidades e instituciones de educación superior que ofrezcan cursos de especialización en áreas jurídicas, en horarios adecuados, a los que los profesionales de la Procuraduría y sus Delegaciones Distritales puedan asistir, financiando al menos parcialmente dichos cursos la propia entidad, y comprometiéndose los profesionales designados a entrenar a sus colegas de la institución, una vez que culminen el curso.

También se debe fortalecer la desconcentración de funciones, especialmente en materia de consultoría y contratación pública, hacia las Delegaciones Distritales de la Procuraduría; los profesionales de dichas Delegaciones, deberían recibir entrenamientos previos en la sede principal

de la Procuraduría en Quito, una especie de pasantías obligatorias, a fin de que se encuentren debidamente capacitados para asumir nuevas atribuciones.

El mejoramiento continuo de los profesionales de las Delegaciones Distritales, se podría realizar de forma virtual, esto es aprovechando la comunicación electrónica, cuyo uso eficiente debería permitir una mejor coordinación entre las oficinas de Quito y las delegaciones, agilitando la atención, revisión y despacho de los asuntos.

Finalmente, resulta indispensable que la Procuraduría General del Estado, difunda de mejor manera su actividad, a fin de que la ciudadanía pueda valorarla; no es suficiente que se editen los boletines jurídicos, en los que se resume la actividad de la Procuraduría en materia de asesoramiento, sino que además se debería incluir en la página Web de la entidad, las estadísticas relacionadas con patrocinio del Estado, especialmente lo relativo a los juicios en los que se han obtenido sentencias favorables, a fin de desvirtuar la generalizada opinión de que el Estado siempre pierde los juicios, que como se demostró en su oportunidad, no obedece a la realidad.

- **Otras Recomendaciones Importantes**

En cuanto a la Administración Pública en general, siendo el pilar fundamental para combatir la corrupción, el respeto irrestricto a la ley, a las instituciones y bienes del Estado, es imprescindible que cualquier proyecto modernizador de la administración, empiece por la capacitación de la burocracia.

Es fundamental que todos los servidores públicos tengan conocimientos, al menos elementales de la Constitución Política de la República, de los principios del Derecho Público, así como de sus derechos y

deberes. La capacitación de los recursos humanos que prestan sus servicios en las instituciones del sector público, debe ser formal, de manera que se debe estudiar la posibilidad de crear una Escuela o Instituto de Capacitación de los Servidores Públicos, que imparta los conocimientos básicos a los que se ha hecho referencia, y luego los evalúe objetivamente; la aprobación del curso que impartiría el Instituto de Capacitación de los Servidores Públicos, debería ser un requisito previo para la posesión del cargo.

Además de la adecuada selección del personal, es necesario que en cada entidad, se organicen talleres y seminarios sobre Derecho Público, en los que se explique a los servidores sus derechos y deberes, y se les instruya sobre las diferentes clases de responsabilidad a las que están sujetos: administrativa, civil y penal, a fin de que ejerzan sus cargos con conciencia de la responsabilidad que ello implica y con la convicción de que se trata de un servicio a la colectividad. Se debe implementar un programa de mejoramiento continuo de la prestación de servicios, que suponga una permanente evaluación del desempeño y rendimiento de los empleados públicos, por parte de los usuarios de los servicios, a fin de se impongan las sanciones pertinentes en caso de ser necesario.

Simultáneamente, el gobierno nacional debe procurar que la remuneración de los servidores públicos sea adecuada, esto es guarde concordancia con sus niveles de responsabilidad, de manera que el servidor pueda mantener un nivel de vida decoroso. Para ello es fundamental que se nivelen las remuneraciones entre todas las instituciones del sector público, materia en la que debería trabajar intensamente el CONAM.

Los cargos de libre remoción, se deben limitar en todo el sector público, y previo a la designación de sus titulares, se debe calificar objetivamente su perfil profesional, a fin de evitar la improvisación en la gestión de la administración pública.

Todas estas recomendaciones, si bien están orientadas a lograr el mejoramiento de la calidad de la burocracia, y su profesionalización, tienen como fin último la modernización de la administración pública, lo que redundará en beneficio de los ciudadanos que requieran la atención de las diferentes instituciones del Estado.

Finalmente, tomando el buen ejemplo de otros países, las máximas autoridades de las tres Funciones del Estado, así como de las demás instituciones del sector público, bien podrían publicar, espontáneamente, es decir sin que exista obligación legal de hacerlo, sus declaraciones de impuestos, en las páginas web de las respectivas entidades, para demostrar la transparencia en el ejercicio de su gestión pública y generar confianza respecto de su honestidad.

CAPITULO V

HACIA LA SEGURIDAD JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

La ley y las normas jurídicas en general, provienen de los órganos legislativos, que deben observar un procedimiento para su expedición, de manera que igual que cualquier otro producto, su proceso de elaboración, admite ser sometido a un control que asegure la calidad del resultado.

Dado el estado de la seguridad jurídica en el Ecuador, se hace indispensable que se implemente un verdadero sistema de ~~%~~control de calidad+ de las normas jurídicas de carácter general, tendiente a elevar la condición de la legislación, y evitar la contraposición de textos y las fallas de precisión que atentan contra la unidad que debe mantener el sistema jurídico.

Cada una de las recomendaciones que se formularon en el capítulo anterior, están orientadas a atacar las causas de inseguridad jurídica que se ha detectado influyen en el campo del Derecho Administrativo. Dichas recomendaciones se consolidan en la propuesta de la autora de este trabajo, de que se implemente como política de Estado, un sistema de ~~%~~control de calidad+ de la normativa jurídica de aplicación general, aplicable tanto a las nuevas normas, como a aquellas que están vigentes, con el fin de verificar la coherencia, la concordancia que las disposiciones deben guardar, respecto de las restantes disposiciones que integran el marco legal.

La propuesta consiste en que, de manera previa a la expedición de nuevas regulaciones por parte de cualquier órgano legislativo del Estado, se verifique su armonía con el ordenamiento jurídico; el control ~~%~~previo+,

implica que debe ser ejecutado, necesariamente, antes de la promulgación de las normas, es decir que se aplicará a los proyectos de ley, de reglamentos, de ordenanzas, de resoluciones, etc., a fin de evitar la contraposición de textos y las fallas de precisión; y para el caso de textos vigentes, se debe implementar e institucionalizar un proceso sistemático y periódico de codificación, que permita la constante depuración del marco normativo, con el objeto de unificar el sistema jurídico vigente y hacerlo coherente.

El éxito del sistema de control de calidad, dependerá de la intervención de todos los órganos del Estado que tienen potestad legislativa, y supone que éstos asuman el compromiso de precautar la seguridad jurídica y velar por el respeto del Estado de Derecho. Ello significa que, el control de calidad, corresponde implementar no solo al H. Congreso Nacional al momento de expedir las leyes, sino también a la Función Ejecutiva, al ejercitar la potestad reglamentaria, por la importancia de esta fuente del Derecho en el campo Administrativo.

La estrategia, orientada a la armonización del ordenamiento jurídico ecuatoriano, supone la aplicación de varios mecanismos que consisten básicamente en lo siguiente:

- **Verificación de la concordancia que deben guardar las nuevas normas, con el sistema jurídico vigente**

La unidad del sistema, esto es la concordancia y complementación que debe existir entre las disposiciones de los diferentes cuerpos normativos que regulan una misma materia, es el objetivo superior que orienta esta propuesta. En tal sentido, es necesario que todo órgano legislativo se

asegure que las regulaciones que expide, guarden coherencia entre sí y con aquellas de carácter superior.

Para ello es fundamental el adecuado uso de la informática jurídica, como herramienta que permite no solo la identificación de las normas relacionadas con la materia, sino además, la constatación del uso apropiado del lenguaje jurídico, que por su carácter técnico-formal debe ser utilizado con propiedad, a fin de evitar que la ambigüedad genere dudas en su aplicación, lo cual tiene especial importancia en materia de Derecho Público, por el principio de legalidad.

La aplicación de la tecnología de la información al Derecho, puede contribuir a la normalización del lenguaje legal, al posibilitar el control de la precisión formal de las normas, y facilita además la ubicación de antinomias, con lo cual es posible eliminar las eventuales contradicciones en que se podría haber incurrido.

- **La Tabla de Vigencias**

Es necesario que la derogatoria genérica, que tanta duda e incertidumbre genera, sea sustituida por una tabla de vigencias, es decir un cuadro, en el que deberá constar, como disposición final del respectivo cuerpo legal o reglamentario, el detalle de las normas que son derogadas total o parcialmente.

El control de calidad, supone que todo nuevo proyecto de ley, para ser admitido a trámite, además de la exposición de motivos o considerandos que sustentan el texto normativo, esté acompañado de una ~~%~~tabla o índice de vigencias+ en la que se incorporen las normas anteriores sobre la misma materia que fueren afectadas por la nueva disposición, con lo cual se evitará

que se deje para después de la aprobación de la norma, la determinación de las disposiciones derogadas.

Además, ello obligará a que cualquier innovación legislativa sea la consecuencia de un profundo análisis sobre su necesidad y sobre la forma en que la nueva normativa afecta a la legislación vigente.

La informática, nuevamente, se transforma en herramienta del Derecho, al facilitar la elaboración de los índices de vigencias, pues permite la ubicación de las normas relacionadas con la respectiva materia.

Para el caso de leyes, esta propuesta supone una reforma constitucional, tendiente a incorporar un inciso al actual artículo 144 de la Constitución Política de la República, relativo a la iniciativa para la presentación de proyectos de ley, en el que se disponga imperativamente, que en el respectivo proyecto se hará constar tanto una exposición de motivos, como una tabla de vigencias, en la que se detallarán expresamente las normas que resulten derogadas o reformadas con la expedición de la nueva ley.⁸⁵

Similar disposición se deberá incorporar para el caso de Reglamentos o actos administrativos normativos, al artículo 81 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, y para el caso de Ordenanzas que expiden los Municipios y Consejos Provinciales, al artículo 126 de la Ley de Régimen Municipal, y en el artículo 56 de la Ley de Régimen Provincial, respectivamente.

⁸⁵ Al final de este capítulo, como anexo, se acompaña un proyecto, en el que consta cómo quedaría el texto de la disposición constitucional.

- **Implementación de un proceso sistemático y periódico de codificación de normas**

En lo que tiene que ver con las normas vigentes, se había dicho que hace falta una depuración, una purga, que tiene por objetivos principales, eliminar la normativa caduca, y unificar el sistema jurídico. Para ello es necesario implementar un proceso sistemático y periódico de codificación, a cargo de los órganos especializados en cada Función o entidad: la Comisión de Codificación en el H. Congreso Nacional, las Comisiones de Legislación en los organismos del régimen seccional autónomo, la Comisión Jurídica de Depuración Normativa en el caso de la Función Ejecutiva.

En las palabras de Rodrigo Borja, codificar significa:

“Reducir a una unidad orgánica y sistemática todos los preceptos jurídicos que se refieren a una misma materia. Las disposiciones que integran un código están relacionadas entre sí y ordenadas en función del todo. Por eso se dice que el código es un cuerpo jurídico sistemática y orgánicamente estructurado.”⁸⁶

Ante la multiplicidad de normas escritas, la codificación las clarifica y ordena, organiza sistemáticamente el conjunto interminable de normas, lo simplifica y lo hace manejable, despeja contradicciones, derogatorias tácitas, y por tanto, confiere certeza y facilita el conocimiento y manejo de las normas.

En lo práctico, la codificación facilita la cita de las disposiciones, resolviendo además normalmente los graves problemas, tan habituales entre nosotros, de intersección de textos y de vigencias. En el Ecuador se cuenta con recopilaciones normativas realizadas por editoriales privadas, pero en la práctica se debe hacer referencia al Registro Oficial en el que las normas se hallan publicadas, así como a las sucesivas reformas, lo que torna la cita de

una disposición, en una larga descripción de las modificaciones de que ha sido objeto.

En la época en la que ejerció la Presidencia de la República el doctor Camilo Ponce Enríquez, los años 1956 a 1960, se concibió un programa de gobierno que tuvo por objetivo la codificación de las Leyes; para ello se instituyó la Comisión Legislativa en el H. Congreso Nacional, que estuvo integrada por cinco vocales, todos ellos abogados de gran prestigio, delegados por la Función Judicial, la Cámara del Senado, la Cámara de Diputados, el Ejecutivo y las Facultades de Jurisprudencia de las Universidades. El producto de la labor de la Comisión Legislativa, se concretó en ochenta y tres leyes codificadas, algunas de las cuales rigen hasta la actualidad.

Este buen ejemplo fue emulado por los Municipios de Quito y Loja, que han codificado sus Ordenanzas, así como por la Superintendencia de Bancos, respecto de sus Resoluciones, y por la extinguida Junta Bancaria que Codificó sus Regulaciones.

Algunos países han adoptado mecanismos de codificación sistemática y continua. En los Estados Unidos, por ejemplo, el U.S. Code, contiene leyes, y el Code of Federal Regulations contiene los reglamentos. Estos Códigos son verdaderos catálogos de las leyes federales existentes, que facilitan su conocimiento y cita. El primero se actualiza cada seis años, bajo la responsabilidad de un Revisor of Statutes, designado por el Congreso, y el

⁸⁶ BORJA, Rodrigo, (1997), Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económico, México, pg. 124.

segundo bajo la responsabilidad del Administrative Committee of Federal Register, que depende de la Presidencia, de manera más frecuente.

Si bien la codificación, por sí sola, no es una solución definitiva, implicaría un inicio, pues permitiría eliminar las normas que han perdido vigencia, dejando que aquello que rige guarde concordancia entre sí.

Para ello es imprescindible que la Comisión de Codificación del H. Congreso Nacional que, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución Política de la República, tiene la obligación de trabajar de forma permanente, emprenda en un proceso de Codificación de las diferentes leyes, por materias, debidamente sistematizado y organizado.

La Comisión de Codificación, debería emplear una técnica de codificación temática, es decir por materias homogéneas, lo que permitiría delimitar el perímetro de cada Código, incorporando las innovaciones sucesivas e integrándolas con la Constitución. Con tal fin, el H. Congreso Nacional, debe priorizar la asignación de recursos humanos y técnicos a esta Comisión, a fin de que disponga de los medios que le permitan cumplir adecuadamente su importante misión.

El mismo procedimiento podrían adoptar los organismos del régimen seccional, respecto de sus Ordenanzas, así como todas las instituciones del sector público que tienen competencia para expedir normas de carácter general.

La codificación de la legislación secundaria dictada por los diferentes órganos de la Función Ejecutiva, podría ser una tarea que se encomiende a la Comisión Jurídica de Depuración Normativa, en coordinación con el CONAM, y que sin duda produciría efectos positivos. La Presidencia de la República, y cada uno de los Ministerios de Estado, e instituciones que integran la Función Ejecutiva, a través de sus Asesorías Jurídicas, designarían a dos profesionales abogados, para que revisen si la normativa de carácter general dictada por la respectiva dependencia, guarda armonía

con las restantes normas sobre la misma materia; las dudas podrían ser objeto de consulta a la Procuraduría General del Estado, que de esa manera coadyuvaría en este proceso.

En la Función Ejecutiva, la depuración debería durar un máximo de seis meses, y bastaría con que el señor Presidente de la República lo disponga a través de un Decreto Ejecutivo⁸⁷; para efectos de la codificación periódica, se incluiría una disposición en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, luego del artículo 82, en la que se establezca la obligatoriedad de que las dependencias de la Función Ejecutiva realicen procesos de depuración de sus actos normativos.

- **Reforma Política**

En el segundo capítulo de este trabajo, se hizo notar que el procedimiento de elaboración de la ley es de carácter técnico, pues exige conocimientos jurídicos y por tanto, especializados; en tal sentido, no es difícil concluir que la calidad de la ley, como producto legislativo, dependerá en gran medida de la calidad del órgano legislativo; por ello, resulta necesario que quienes intervienen en ese proceso, de preferencia sean juristas, o cuenten con asesoramiento en derecho.

Gran parte de la inseguridad jurídica que sufre nuestro país, surge del excesivo número de normas que existen, y su falta de concordancia entre sí; en el primer capítulo de esta tesis, se hizo notar que la ~~habia~~ lentitud del antiguo legislador, permitía un mejor estudio y reflexión de las leyes, que se traducían en normas que cuando se expedían pasaban a perfeccionar el marco jurídico establecido; en la actualidad, la velocidad de la producción normativa ha producido efectos importantes pero solo en términos

⁸⁷ El proyecto de Decreto, se acompaña como Anexo.

cuantitativos, pues desde 1979 en que se retornó a la democracia, esto es poco más de veinte años, se han dictado más normas que en todo el período anterior de la República, esto es ciento cincuenta años, contados desde 1830. Pese a ello, se continúa escuchando que existen *%vacíos legales+*, o que las normas vigentes son *%insuficientes+*; es fácil deducir entonces que la insuficiencia se refiere a la condición cualitativa de la ley.

Con el fin de mejorar la calidad de las leyes que expide la Función Legislativa, se ha considerado procedente y adecuado, proponer una importante reforma política a su estructura, tendiente a favorecer el mejor estudio de los proyectos, y la profundización en la valoración de las consecuencias de la expedición de nuevas leyes o modificación de las existentes. La autora de este trabajo propone restablecer el sistema bicameral en la Función Legislativa, sobre la base de las consideraciones que más adelante se exponen.

De la revisión de las Constituciones que han regido en nuestro país a lo largo de su vida Republicana, solo en cuatro de ellas, además de la actual, vigentes durante un período total menor a treinta años, ha regido el sistema unicameral, mientras en todas las demás Constituciones del Ecuador, predominó el Congreso bicameral.⁸⁸

El unicameralismo, generalmente se ha identificado con los Estados unitarios, en los existe unidad jurídico política, y por tanto no hay intereses territoriales que defender pues la división en provincias o regiones se hace únicamente con fines administrativos, mientras el sistema bicameral, se ha identificado con la forma de Estado federal, en el que la cámara alta representa los intereses de las respectivas circunscripciones territoriales y la cámara baja los intereses de la sociedad en general; es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, e Inglaterra. Sin embargo, es preciso tener

⁸⁸ De las 18 Constituciones ecuatorianas, adoptaron el régimen de una sola cámara, solo las de 1830, 1851, 1945 y 1978.

presente que el bicameralismo ha sido adoptado también por Estados unitarios, como Francia, España, Turquía, y en Latinoamérica, Chile, Paraguay, Colombia y el Perú, que retornó a este sistema recientemente.

La bicameralidad consiste en que el órgano legislativo, esté compuesto de dos cámaras, una de senadores y otra de diputados, cada una de las cuales trabaja por separado y tiene competencias exclusivas, aunque para ciertos asuntos, aquellos que disponga la Constitución, pueden sesionar conjuntamente.

La estructura de la Función Legislativa es una de las cuestiones más controvertidas en materia de reforma política; si las legislaturas deben estar conformadas por una o dos cámaras, siempre ha sido materia de discusión doctrinaria y política. A favor de la primera alternativa, esto es de la unicameralidad, se arguye que la intervención de dos cuerpos hace más lento el proceso de sanción de las leyes; en pro de la bicameralidad se aduce que la práctica de la doble discusión enriquece el debate y evita decisiones precipitadas. Salta a la vista, que ambas argumentaciones son ciertas; en consecuencia, desde la doctrina constitucional no se vislumbra una tajante definición sobre el punto.

Sobre la conveniencia de la volver a la bicameralidad en nuestro país, los juristas consultados expusieron sus opiniones en el siguiente sentido: el doctor José Julio Benítez⁸⁹, actual magistrado de la Sala de lo Administrativo de la Excma. Corte Suprema de Justicia, considera que: *la bicameralidad permite que la ley tenga una mejor calidad, pues existen dos filtros que permiten un mayor análisis en torno a la materia, mientras en una sola cámara en cambio el resultado es el de leyes improvisadas; sin embargo, en la práctica se presenta dificultad para la expedición de la ley cuando el trámite se queda en alguna de las cámaras.*

⁸⁹ En entrevista concedida a la autora de este trabajo el 27 de febrero del 2003.

Por su parte, el doctor Carlos Pérez Patiño⁹⁰, magistrado del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, opina que ~~la~~ bicameralidad es más conveniente y que por tanto abogaría por el restablecimiento de las senadurías funcionales, que asegurarían la mejor calidad de la ley~~+~~; recordó que se desempeñaron como senadores funcionales, ~~elementos~~ prestantes, como Manuel Carrión, representante por la Cultura, Pedro Saad, por los trabajadores, Alfredo Pérez Guerrero, su padre, en representación de la educación~~+~~. Expone que ~~la~~ crítica hacia la bicameralidad radica básicamente en la demora del trámite de aprobación de una ley, sin embargo, ello no tiene mayor base, pues algo similar ha ocurrido durante la existencia del Congreso unicameral; no es verdad que con el sistema unicameral las leyes se expidan con mayor agilidad, sino que eso depende de la capacidad y responsabilidad de los parlamentarios.~~+~~

Cabe resaltar el hecho de que los dos magistrados consultados, coincidieron en el criterio de que el sistema bicameral, asegura una mejor calidad de la ley.

La Asamblea del año 1997, que elaboró la Constitución que actualmente rige en nuestro país, abordó entre los temas más importantes, el relacionado con la posibilidad de volver al esquema bicameral, que fue propuesto por Pachakutik, bajo la premisa de que ello dotaría de mayor eficacia al parlamento. Apoyaron la moción la Izquierda Democrática, el FRA, y los independientes, y se opusieron, la Democracia Popular bajo el argumento de que la bicameralidad era todo lo contrario a la ~~agilidad~~ legislativa~~+~~; el MPD y el Partido Social Cristiano, éste último contrariando su tesis histórica; al final, la votación determinó que se mantenga la unicameralidad, pero como se verá a continuación, este resultado obedeció a la coyuntura del momento.

⁹⁰ En entrevista de 26 de febrero del 2003.

La razón de la oposición, explica Fernando Pachano, consistió en que de conformidad con las normas anteriores a la Asamblea, existían dos clases de diputados en el Congreso Nacional: 12 diputados nacionales y 70 provinciales. Los primeros tenían un periodo de cuatro años que coincidía con el del Presidente de la República, y los segundos se renovaban cada dos años. Al caer el gobierno de Bucaram, en 1997 se resolvió convocar a nuevas elecciones presidenciales para 1998, lo que ocasionó un desfase en el esquema de elección de los diputados nacionales, cuyo período terminaba en el año 2000. Añade Pachano que:

El debate unicameralidad versus bicameralidad entraba de lleno en este campo. Si se resolvía a favor de la segunda, la figura de los diputados nacionales dejaría de existir y por tanto, quienes estaban en ejercicio debían cesar en sus funciones al entrar en vigencia la Constitución. Teniendo muchos de los partidos y agrupaciones políticas presentes en la Asamblea diputados nacionales en el Congreso Nacional, la discusión inevitablemente se contaminó con intereses y conveniencias partidistas y electorales. El PSC tenía varios diputados nacionales y el MPD contaba con uno; ambos partidos decidieron defenderlos, oponiéndose a la bicameralidad, aunque para el caso del PSC esto significara contradecir sus tesis históricas.⁹¹

Antes y después de la Asamblea, la posición del PSC, ha sido siempre a favor de la bicameralidad, como se desprende de una entrevista efectuada al más importante líder de ese partido, el ingeniero León Febres Cordero, concedida al diario Hoy con ocasión de su décimo noveno aniversario. Ante la pregunta del periodista : ¿Hay que modificar el sistema político para evitar la pugna de poderes?, el entrevistado responde:

Hay que hacer rectificaciones, volver a la bicameralidad en el Congreso para que haya un Senado que legisle con juicio y

⁹¹ PACHANO, Fernando, (2001), La Reforma Constitucional Ecuatoriana de 1998: Un Análisis desde la Perspectiva de la Gobernabilidad. Estudio de Caso realizado para obtener el grado de Magister en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile, Resumen Ejecutivo, pg. 16.

experiencia, y para que los diputados ejerzan el derecho a hacer política, a fiscalizar y a presentar las propuestas de sus electores, a fin de que las conviertan, a través del trámite que filtre errores, en leyes beneficiosas que permitan la gobernabilidad.⁹²

Sobre la base de los antecedentes referidos y tomando en cuenta que la elaboración de la ley, es una materia de alta especialización y técnica jurídica, pero que además exige un pausado y serio estudio, la autora de este trabajo considera adecuado restablecer el sistema bicameral, no solo por el hecho de que la Segunda Cámara se constituiría en un tamiz de la primera, sino además porque la integración del Congreso por dos cuerpos, permitiría que la Cámara de Diputados, intervenga en el trámite de formación de la ley, y ejerza atribuciones más políticas como la fiscalización por ejemplo, mientras la Cámara Alta, el Senado debería ser integrado, al menos parcialmente, por prestigiosos juristas que tendrían el carácter de senadores funcionales, y que serían designados por sendos Colegios electorales, lo que además de asegurar la representación de todos los sectores de la sociedad, garantizaría que una parte importante de los legisladores sean especialistas en Derecho.

Adicionalmente, las razones por las que se debería contemplar el restablecimiento de la bicameralidad, son básicamente las siguientes:

- * La labor de un Congreso no se mide por el número de leyes que expide, sino por su calidad, lo que exige tiempo y dedicación; en consecuencia, el argumento relativo a la demora del trámite no debería pesar frente a la garantía de que mejore la calidad de la ley.

- * El proceso legislativo debe ser más serio, cuidadoso y participativo. Al existir dos cámaras, cada una de ellas filtra el trabajo de la otra, lo revisa, y

⁹² Entrevista que aparece en la página web del Diario Hoy, correspondiente a la edición especial por su 19º aniversario, elhoy.com.ec

ello en consecuencia, garantiza un mayor grado de acierto, una mejor calidad del producto legislativo. Mientras la primera cámara es esencialmente política y por lo tanto más conflictual, la segunda es la cámara de reflexión, en la que las discusiones se dan con criterio más sereno, lo que permite perfeccionar las leyes aprobadas por la primera cámara.

* Las leyes requieren cierto nivel de legitimidad, que no puede limitarse a la decisión numérica de la mayoría coyuntural. La doble cámara se debe concebir como un importante medio para garantizar la seguridad jurídica, pues permite que exista un filtro para los proyectos, lo que asegura mayor profundidad en su estudio, antes de su aprobación.

* Las democracias establecidas en el mundo entero tienden a la bicameralidad, que da la oportunidad de que las leyes se discutan en dos instancias. La primera, más deliberante y política, plasmada en una Cámara de Diputados, y la segunda, más analítica, el Senado.

Esta propuesta supone una reforma constitucional, cuya iniciativa podría surgir del Presidente de la República, o de la Corte Suprema de Justicia, conforme al artículo 281 de la Constitución, y se referiría al Título VI de la Norma Suprema, que regula la Función Legislativa.

Por tratarse de reforma constitucional se deberá observar el trámite previsto en los artículos 280 y siguientes de la Constitución; la presentación, discusión y aprobación de la reforma demoraría aproximadamente dos años, debido a que el proyecto tendría que ser sometido a informe previo de la Comisión de Asuntos Constitucionales del H. Congreso antes del primer debate, y además el procedimiento prevé que debe mediar un año entre el primero y el segundo debates.⁹³

Como anexo de este trabajo, se acompaña el proyecto que recoge la propuesta de la autora, en el que se establece la forma como se

estructuraría esta reforma política y que en lo principal consiste en lo siguiente:

El Congreso Nacional estaría integrado por dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores. Los diputados serían elegidos, uno por cada provincia, y uno más por cada trescientos mil habitantes o fracción que pase de doscientos mil, es decir se elevaría en ese sentido la actual previsión constitucional. En cuanto a los senadores, habrían dos mecanismos de elección; el primero por voto popular directo, que permitiría designar un senador por cada provincia, y el segundo por nominación de colegios electorales. En consecuencia, el Congreso se integraría por 22 senadores provinciales y 20 funcionales, y 57 diputados, es decir un total de 99 legisladores, sobre la base del último censo de población realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, es decir que el número de miembros del Congreso Nacional se reduciría en relación a los que lo integran en la actualidad.

En la integración del Congreso bicameral se asegura una adecuada representación por provincia y en proporción a la población, y además se elevan los requisitos para ser legislador; en el caso de los diputados, la edad se eleva de 25 a 30 años; y en el caso de los senadores funcionales, se les exige los mismos requerimientos que para ser magistrados de la Corte Suprema de Justicia, esto es, entre otros, que tengan el título de doctor en jurisprudencia; tomando en cuenta que la Ley de Educación Superior prevé que el doctorado es un título de postgrado, la exigencia asegura que los senadores designados, sean verdaderos juristas con una importante trayectoria profesional, y además gocen de representatividad del respectivo sector.

⁹³ Se acompaña como anexo, el texto del proyecto de reforma constitucional.

En lo que se refiere al período, se ha considerado conveniente que la duración de los senadores sea un poco mayor que la de los diputados, y en cuanto a dignidades se elimina la segunda Vicepresidencia.

Respecto a las atribuciones del Congreso Nacional, conforme lo sugiere la doctrina, se las ha dividido de manera que algunas de ellas son comunes a las dos Cámaras, otras son exclusivas para cada Cámara, y finalmente otras se ejercen por el Congreso en pleno. Se ha dado mayor énfasis a la actividad fiscalizadora en la Cámara de Diputados, atenuando ligeramente el régimen presidencialista actual.

No se han modificado el Capítulo 4 del Título VI de la Constitución, referido a la Comisión de Legislación, y la Sección I del Capítulo 5 del Título VI, que regula las clases de leyes, pero en el artículo 144 relacionado con la iniciativa para presentar proyectos de ley, se ha incorporado la exigencia de que se incorpore en el texto del proyecto, además de la exposición e motivos, la tabla de vigencias, ello con el fin de que el legislador concientice el impacto de las normas que aprueba o reforma, en el resto de la legislación, y además se pueda tener mayor certeza sobre las regulaciones que quedan derogadas total o parcialmente, con lo cual se reduce la posibilidad de que existan dudas sobre su aplicabilidad.

La sección relativa al trámite ordinario de los proyectos de ley, es la que ha sufrido mayor modificación; en el proyecto se propone sustituir la Sección Tercera del Capítulo VI de la Constitución. Se han reemplazado intencionalmente, los plazos por términos, con el fin de dar al Congreso más tiempo para el análisis de los proyectos y por tanto reducir el impacto negativo de la legislación motorizada de los últimos tiempos; se ha previsto que el proyecto se debata dos veces, una en cada Cámara, pero se prevé la posibilidad de que en caso de objeción del Senado, que es la Cámara revisora, respecto de un proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, se proceda a otro debate en el pleno del Congreso.

En cuanto a la objeción total o parcial del Presidente de la República, se ha mantenido el esquema actual, inclusive en cuanto al plazo después del cual el Congreso puede volver a tratar un proyecto que ha sido objetado totalmente.

En el proyecto se han introducido modificaciones en el tema de las mayorías que se requieren para la aprobación de los proyectos. Se exige que la mayoría se establezca respecto al total de los miembros de las Cámaras y del Congreso Pleno, respectivamente, en lugar de que se refiera únicamente a la mayoría de los legisladores presentes en la sesión, como prevé la Constitución actual, con lo cual se pretende que la aprobación de los proyectos de ley no sea consecuencia de un mero resultado numérico coyuntural, sino que cuente con un verdadero respaldo que les confiera mayor legitimidad.

En cuanto a los proyectos de urgencia económica, se ha ampliado el período de tiempo de que dispone el Congreso para tratarlos, y se lo ha transformado en término, a fin de que sea posible su estudio y no se transforme en un mecanismo formal que permita la imposición del Ejecutivo, como sucede en la actualidad.

Finalmente, se ha eliminado el trámite especial previsto en la sección quinta del Título VI de la Constitución, a fin de todos los proyectos observen el trámite ordinario, tomando en cuenta además que se conserva el trámite abreviado para el caso de los proyectos que en materia económica urgente presente el Presidente de la República.

Por la naturaleza de la reforma, su aprobación implicará la necesidad de adecuar otros cuerpos de ley, por lo que se ha incorporado una disposición transitoria que hace aplicables a los senadores, las normas vigentes de ceremonial, y aquellas que contengan derechos u obligaciones y prohibiciones a las que están sujetos los diputados, como por ejemplo las contenidas en el Código de Ética de la Legislatura, la Ley Orgánica de la

Función Legislativa, y el Reglamento Interno del Congreso, hasta que se implementen las reformas necesarias.

Pese a que en este momento la estructura del Congreso Nacional no es materia de debate público, la autora de este trabajo, considera que dada la naturaleza inestable de las instituciones políticas en nuestro país, es posible y viable que en la próxima reforma constitucional, que está en la mira del actual Ejecutivo, se pueda tratar este tema.

Si como consecuencia de la aplicación de alguno de los mecanismos que integran el proceso de control de calidad, que se ha propuesto en esta tesis, se logra que las normas que expiden o reforman los órganos legislativos, tengan buena calidad y se mantenga la unidad del ordenamiento jurídico, y por su parte los órganos administrativos sujetan su accionar al principio de legalidad, sin duda mejorará el nivel de seguridad jurídica en nuestro país, esa es nuestra aspiración.

ANEXO No. 1

(PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL)

EL H. CONGRESO NACIONAL CONSIDERANDO

Que la Constitución aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, en diciembre de 1997, requiere que se introduzcan modificaciones en el sistema político, tendientes a que la estructura del H. Congreso Nacional asegure una mayor calidad de la legislación;

Que las leyes expedidas por el Congreso Nacional desde el retorno a la democracia han triplicado el volumen del ordenamiento jurídico ecuatoriano, transformándolo en una verdadera maraña legal en la que existen normas que no guardan concordancia entre sí.

Que el Congreso Nacional debe analizar de manera más profunda la conveniencia de la expedición o modificación de leyes, y su concordancia con las restantes normas.

Que el sistema bicameral, que tradicionalmente ha existido en el Ecuador, permite que la Segunda Cámara del Congreso Nacional, más analítica y serena constituya un verdadero filtro de los proyectos aprobados por la primera, que garantiza la mejor calidad del producto legislativo y por tanto eleva el nivel de seguridad jurídica.

Que las democracias establecidas en el mundo entero tienden a la bicameralidad.

En uso de sus atribuciones, consignadas en los artículos 130 numeral 4º. Y 280 de la Constitución Política de la República, expide las siguientes:

REFORMAS A LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

Art. 1.- El artículo 126, sustitúyase por el siguiente:

~~%~~Art. 126.- La Función Legislativa será ejercida por el Congreso Nacional, que se compone del Senado y de la Cámara de Diputados.

El Congreso Nacional tiene sede en Quito, pero excepcionalmente se podrá reunir en cualquier parte del territorio nacional.+

Art. 2. A continuación del artículo 126, agréguese los siguientes:

~~%~~Artõ El Senado estará integrado por un representante de cada una de las provincias, elegidos por voto popular directo, y por veinte Senadores funcionales:

Dos por las Universidades y Escuelas Politécnicas Estatales

Dos por las Universidades Particulares

Uno por la Educación Pública

Uno por la Educación Particular

Uno por los medios de comunicación colectiva

Uno por la Ciencia y la Tecnología, SENACYT Y FUNDACYT

Dos por las Cámaras de Agricultura

Dos por las Cámaras de Comercio

Dos por las Cámaras de la Industria

Uno por las organizaciones de trabajadores privados

Uno por las organizaciones de trabajadores públicos

Uno por los movimientos indígenas

Uno por los pueblos negros

Uno por las Fuerzas Armadas

Uno por la Policía Nacional

Cuando los senadores funcionales fueran dos, uno representará a la sierra y la amazonía, y otro a la costa y la región insular.+

~~%~~Artõ .La Cámara de Diputados estará integrada por ciudadanos que serán elegidos, uno por cada provincia, y uno más por cada trescientos mil habitantes o fracción que pase de dos cientos mil. El número de habitantes que servirá de base para la elección será el establecido por el último censo nacional de población.+

Art. 3. El artículo 127, sustitúyase por el siguiente:

Art. 127.- Para ser legislador se requerirá ser ecuatoriano por nacimiento, estar en goce de los derechos políticos, tener al menos treinta años al momento de la inscripción de su candidatura y ser oriundo de la provincia respectiva, o haber tenido su residencia en ella de modo ininterrumpido, por los menos durante los tres años inmediatamente anteriores a la elección.

Los senadores funcionales deberán reunir los mismos requisitos que exige la Constitución para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia y además deberán haber desempeñado la actividad para cuya representación se los elige, por lo menos los tres años anteriores a su designación.

Los diputados desempeñarán sus funciones por el período de cuatro años, y los senadores por el período de seis años.

La dignidad de legislador implicará el ejercicio de una función pública; mientras actúen como tales, no podrán desempeñar ninguna otra función pública o privada, ni dedicarse a sus actividades profesionales si fueren

incompatibles con la diputación. Podrán desempeñar la docencia universitaria si su horario lo permite.+

Prohíbese a los legisladores ofrecer, tramitar, recibir o administrar recursos del Presupuesto General del Estado, gestionar nombramientos de cargos públicos, percibir dietas u otros ingresos de fondos públicos que no sean los de legislador, ni integrar directorios de otros cuerpos colegiados de instituciones públicas o empresas en las que tenga participación el Estado, en caso de hacerlo perderán su calidad.+

Art. 4.- A continuación del artículo 127, agréguese otro que diga:

~~%~~Art. 5. Los legisladores no serán civil ni penalmente responsables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus funciones.

No podrán iniciarse causas penales en su contra sin previa autorización de la respectiva Cámara, ni serán privados de su libertad, salvo en el caso de delitos flagrantes. Si la solicitud en que el juez competente hubiera pedido autorización para el enjuiciamiento no fuere contestada en el plazo de treinta días, se la entenderá concedida.

Las causas penales que se hayan iniciado con anterioridad a la posesión del cargo, continuarán tramitándose ante el juez competente.+

Art. 5. Sustitúyase el artículo 129, por el siguiente:

~~%~~Art. 129.- Cada Cámara elegirá cada dos años un presidente y un vicepresidente. El Presidente del Senado, presidirá el Congreso Nacional.

En caso de ausencia temporal o definitiva del Presidente del Congreso, lo reemplazarán, en su orden, el Presidente de la Cámara de

Diputados, el Vicepresidente del Senado o el Vicepresidente de la Cámara de Diputados.+

Art. 6.- Sustitúyase el artículo 130, por el siguiente:

%Art. 130.- Corresponde a la Cámara de Diputados, las siguientes atribuciones:

1. Fiscalizar los actos de la Función Ejecutiva y los del Tribunal Supremo Electoral, y solicitar a los funcionarios públicos las informaciones que considere necesarias.
2. Proceder al enjuiciamiento político, a solicitud de al menos una cuarta parte de sus integrantes, del Presidente y Vicepresidente de la República, de los ministros de Estado, del Contralor General y Procurador del Estado, del Defensor del Pueblo, del Ministro Fiscal General; de los Superintendentes, de los vocales del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo Electoral, durante el ejercicio de sus funciones y hasta un año después de terminadas.

La censura y destitución solo podrá resolverse con el voto conforme de las dos terceras partes de los integrantes de la Cámara y producirá la inmediata cesación del funcionario.

Si de la censura se derivaren indicios de responsabilidad penal, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento del juez competente.

3. Autorizar, con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal del Presidente y Vicepresidente de la República cuando el juez competente lo solicite fundadamente.
4. Fijar el límite del endeudamiento público, y aprobar el presupuesto general del Estado y vigilar su ejecución.
5. Las demás que le asignen la Constitución y la Ley.+

Art. 7.- A continuación del artículo 130, añádanse los siguientes:

~~%~~Art. ò .Son atribuciones privativas del Senado:

1. Aprobar o desaprobar los tratados internacionales, en los casos que corresponda.
2. Conceder amnistías e indultos, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes. No se concederá el indulto por delitos cometidos contra la administración pública y por los delitos mencionados en el inciso tercero del número 2 del Art. 23.
3. Crear o suprimir cantones.
4. Las demás que le asignen la Constitución o la ley.

~~%~~Art. ò .Son atribuciones tanto del Senado como de la Cámara de Diputados, las siguientes:

1. Elegir Presidente y Vicepresidente de la respectiva Cámara.
2. Aceptar o negar excusas de sus miembros, y llamar a los suplentes.
3. Autorizar el enjuiciamiento penal de sus miembros.
4. Juzgar la conducta de sus miembros en el desempeño de sus funciones.
Los legisladores que incurran en violaciones al Código de Ética serán sancionados con el voto de la mayoría de los integrantes de la respectiva Cámara. La sanción podrá ocasionar la pérdida de la calidad de legislador.
5. Las demás que le confieran la Constitución o las leyes.+

~~%~~Art. ò . Corresponde al Congreso, dividido en Cámaras:

1. Expedir, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.
2. Establecer, modificar o suprimir, mediante ley, impuestos, tasas u otros ingresos públicos.

3. Las demás que le confieran la Constitución o las leyes.+

~~%~~Art. 5 Corresponde al Congreso en Pleno:

1. Posesionar al Presidente y Vicepresidente de la República proclamados electos por el Tribunal Supremo Electoral. Conocer sus renunciaciones y declararlos cesantes.
2. Nombrar al Procurador General del Estado, al Ministro Fiscal General, al Defensor del Pueblo, a los Superintendentes; a los vocales del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo Electoral, y a los miembros del Directorio del Banco Central; conocer sus excusas o renunciaciones, y designar a sus reemplazos.

En los casos en que los nombramientos procedan de ternas, éstas deberán ser presentadas dentro de los veinte días subsiguientes a la vacancia del cargo. De no recibirse tales ternas en este plazo, el Congreso procederá a los nombramientos, sin ellas.

El Congreso Nacional efectuará las designaciones dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha de recepción de cada terna. De no hacerlo, se entenderá designada la persona que conste en el primer lugar de dicha terna.

3. Elegir por mayoría de las dos terceras partes de sus integrantes la terna para la designación del Contralor General del Estado.
4. Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria.
5. Resolver sobre las objeciones del Presidente de la República, a los proyectos de ley aprobados por el Congreso.
6. Conformar las comisiones especializadas permanentes y delegarles la elaboración de proyectos de ley, excepto en materia tributaria.

7. Resolver sobre las objeciones a los proyectos de Codificación que prepare la Comisión de Legislación y Codificación.
8. Las demás que le asigne la Constitución y la ley.+

Art. 8.- Sustituir el numeral 2º del artículo 139, por el siguiente:

~~%2.~~ Codificar las leyes, por materias, cuando se hubiere reformado el veinte por ciento o más de su articulado; y disponer la publicación de las codificaciones.+

Art 9.- En el artículo 144, añádase como inciso final:

~~%~~Los proyectos de ley se deberán presentar al Presidente del Congreso. Para ser admitidos a trámite, deberán contener una exposición de motivos y como disposición final una tabla de vigencias, en la que detallarán expresamente las normas que resulten derogadas o reformadas con la expedición de la nueva ley.+

Art. 10.- Sustitúyase la sección Tercera del Capítulo VI de la Constitución, por la siguiente:

~~%~~Artõ .- Dentro del término de ocho días subsiguientes al de la recepción del proyecto, el Presidente del Congreso ordenará que se difunda públicamente su extracto, y enviará el proyecto a la Comisión Especializada que corresponda, sin cuya aprobación no podrá continuar el trámite.

La Comisión iniciará el trámite requerido para su conocimiento, luego de transcurrido el término de quince días contados a partir de su recepción.

Ante la comisión podrán acudir con sus puntos de vista, las organizaciones y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación de la

ley, o que consideren que sus derechos pueden ser afectados por su expedición.+

%Art. 5 Con el informe favorable de la Comisión, el proyecto pasará a la Cámara de Diputados, la cual lo conocerá en una sola discusión, en el curso de la cual podrán incorporarse las observaciones pertinentes; si el proyecto fuere negado por ella, se lo archivará.+

%Art 6 . Aprobado el proyecto de ley por la Cámara de Diputados, pasará al Senado, el cual podrá dar o no su aprobación, o introducir las modificaciones que estime pertinentes, con el voto de la mayoría de sus integrantes.

Si el Senado rechazare en todo o en parte el proyecto o lo modificare, ambas Cámaras se reunirán para, en un solo debate, dirimir las divergencias.+

%Art. 7 En cada Cámara, o en el Congreso Pleno, según el caso, se requerirá para la aprobación de leyes orgánicas, mayoría absoluta, y para reforma constitucional, el voto conforme de las dos terceras partes de los integrantes.

%Art 8 . Los proyectos que fueren definitivamente aprobados, se enviarán al Presidente de la República para que, en el término de ocho días, los sancione u objete. Si los sanciona, ordenará su promulgación en el Registro Oficial; si los objeta, los remitirá al Presidente del Congreso, con las correspondientes observaciones.+

%Art. 9 Si el Presidente de la República objetare totalmente el proyecto, el Congreso Pleno podrá volver a considerarlo solamente después

de un año, contado a partir de la fecha de la objeción. Transcurrido este plazo, el Congreso Pleno podrá ratificarlo en un solo debate, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, y lo enviará inmediatamente al Registro Oficial para su promulgación.

Si la objeción fuere parcial, el Congreso Pleno deberá examinarla en un término máximo de treinta días contados a partir de la fecha de entrega de la objeción presidencial y podrá, en un solo debate, allanarse a ella y enmendar el proyecto, con el voto favorable de la mayoría de sus miembros. Podrá también ratificar el proyecto inicialmente aprobado, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros. En ambos casos, el Congreso enviará la ley al Registro Oficial para su promulgación. Si el Congreso no considerare la objeción en el término señalado, se entenderá que se ha allanado a ésta y el Presidente de la República dispondrá la promulgación de la ley en el Registro Oficial.

Toda objeción será fundamentada y en el caso de objeción parcial, el Presidente de la República presentará un texto alternativo.

Si la objeción del Presidente de la República se fundamentare en la inconstitucionalidad total o parcial del proyecto, este será enviado al Tribunal Constitucional para que emita su dictamen dentro del término de treinta días. Si el dictamen confirmare la inconstitucionalidad total del proyecto, éste será archivado. Si confirmare la inconstitucionalidad parcial, el Congreso Nacional deberá realizar las enmiendas necesarias para que el proyecto pase luego a la sanción del Presidente de la República.

Si el Tribunal Constitucional dictaminare que no hay inconstitucionalidad, el Congreso ordenará su promulgación.+

Art. 11.- En el artículo 155, sustituir la frase ~~%plazo~~ máximo de treinta días+, por ~~%término~~ máximo de cuarenta días+, y, elimínese la frase final del segundo inciso ~~%excepto en cuanto a los plazos anteriormente establecidos.+~~

Art. 12. En el artículo 159, suprimase la frase final: ~~%que se los tramite en la~~
forma especial establecida en esta sección.+

Art. 13. En el artículo 160, sustitúyase la palabra ~~%plazo+~~ por ~~%término+~~

Artículo 14.- Suprimanse los artículos 128, 157 y 158, y el Capítulo 3 del
Título VI, de la Constitución Política de la República.

Art. 15.- En el segundo inciso del artículo 258 sustitúyase ~~%Congreso en~~
~~Pleno+~~ por ~~%Cámara de Diputados.+~~

Art. 16.- En el primer inciso del artículo 281, sustitúyase la frase ~~%un número~~
de diputados equivalente al veinte por ciento de sus integrantes+, por ~~%un~~
número de legisladores equivalente al veinte por ciento de la respectiva
Cámara.+

Art. 17.- El primer inciso del artículo 282, sustitúyase por el siguiente:

~~%~~Art. 282.- El Congreso Nacional conocerá y discutirá los proyectos de
reforma constitucional, mediante el mismo trámite previsto para la aprobación
de las leyes. Su aprobación requerirá del voto favorable de las dos terceras
partes de la totalidad de miembros del Congreso.+

Disposición Transitoria.- Se entenderán también referidas a los senadores,
las normas vigentes de ceremonial, o aquellas que contengan derechos u
obligaciones y prohibiciones a las que están sujetos los diputados, como las
que están contenidas en el Código de Ética de la Legislatura, la Ley

Orgánica de la Función Legislativa, y el Reglamento Interno del Congreso, hasta que se implementen las reformas necesarias.

Disposición Final.- Estas reformas constitucionales han derogado las siguientes normas:

Constitución Política de la República R.O. No. 1, 11/AGO/-98 Arts. 128, 135, 136, 137, 157 y 158	Suprimido por art. 14.
Ley de Defensa del Artesano Codificación s/n, Registro Oficial 71, 23/MAY/1997 Art. 5, literal b)	Derogado tácitamente, de manera parcial, por artículo 3, que sustituye al artículo 127 de la Constitución.
Ley del Fondo de Desarrollo Urbano de Guayaquil, FODUR. RO 80, 15/SEP/1981 Art. 3, incisos 5º y 6º.	Derogado tácitamente por artículo 3, que sustituye al artículo 127 de la Constitución.
Decreto Ley de Emergencia, de Reestructuración de la Junta de Defensa Nacional, RO 120, 30/MAR/1962 Art. 1, inciso final	Derogado tácitamente, de manera parcial, por artículo 3, que sustituye al artículo 127 de la Constitución.
Reglamento a la Ley de Elecciones RS 39, 20/MAR/2000 Art. 30	Derogado tácitamente, de manera parcial por artículo 3, que sustituye al artículo 127 de la Constitución.
Reglamento del Directorio del ECORAE RO 435, 6/MAY/1994 Art. 1 # 1º	Derogado tácitamente, de manera parcial, por artículo 3, que sustituye al artículo 127 de la Constitución.
Acuerdo Ministerial s/n, que crea la Corporación para el Desarrollo Integral del Carchi. Registro Oficial 87, 14/DIC/1998 Art. 3, inciso final	Derogado tácitamente, de manera parcial, por artículo 3, que sustituye al artículo 127 de la Constitución.

ANEXO No. 2

(PROYECTO DE DECRETO EJECUTIVO No.)

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

Considerando:

Que de conformidad con el artículo 1º de la Constitución Política de la República, el Ecuador es un Estado social de derecho.

Que las instituciones que integran el sector público, tienen la obligación de ajustar el ejercicio de sus atribuciones al principio de legalidad, previsto en el artículo 119 de la Constitución.

Que las normas expedidas por la Función Ejecutiva en ejercicio de la potestad reglamentaria deben guardar coherencia con las normas jurídicas de mayor jerarquía.

Que es necesario precautelar la seguridad jurídica en el Ecuador y velar por el respeto del Estado de Derecho

En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 171, numeral 9 de la Constitución Política de la República,

Decreta:

Art. 1.- Sustitúyese el artículo 81 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, por el siguiente:

~~%~~Art. 81.- Formación.- Todo acto normativo, deberá incluir las consideraciones de derecho en que se fundamenta, y como disposición final, un índice de vigencias en el que se detallen las normas que quedaren reformadas, sustituidas o derogadas por aquellas que se expiden.

Corresponde a los Ministros o máximas autoridades de las respectivas entidades, previo a la expedición de cualquier acto normativo, contar con la conformidad de la Dirección de Asesoría Jurídica de la entidad, a quien corresponde verificar su concordancia con las restantes normas jurídicas que rijan la misma materia; los abogados o asesores jurídicos, y los Directores Jurídicos, serán administrativamente responsables, de conformidad con la ley, en caso de que la normativa fuere objeto de impugnación administrativa, judicial o constitucional.+

Art. 2.- A continuación del artículo 82 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, agréguese otro que diga:

~~%~~Artõ - Los actos normativos expedidos por las entidades y dependencias que integran la Función Ejecutiva, deberán ser codificados de forma obligatoria, si hubiere sido promulgada una o varias reformas que afecten al veinte y cinco por ciento o más de su articulado inicial o reformado, previa la correspondiente depuración que garantice su concordancia con el ordenamiento jurídico.+

Disposición Transitoria: Los Ministros de Estado o las máximas autoridades de las respectivas entidades que integran la Función Ejecutiva, designarán a dos abogados de sus respectivas Asesorías Jurídicas, a fin de que dentro del plazo de seis meses contados desde su nominación, procedan a revisar, depurar y codificar la normativa de carácter general expedida por la respectiva dependencia o entidad, a fin de verificar su conformidad con las leyes sobre la materia y la Constitución.

Los casos de duda, se consultarán a la Procuraduría General del Estado.+

Disposición Final: El presente Decreto, ha derogado las siguientes normas:

ERJAFE RO. 536, 18/MAR/ 2002 Art. 81.	Sustituido por Art. 1.
---	------------------------

Dado en el Palacio Nacional, en Quito, a ñ ..

f) Presidente Constitucional de la República

BIBLIOGRAFIA

- BANCO MUNDIAL Y MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR, Ecuador Compite, Agenda Nacional de Competitividad, primera edición, octubre 2001.
- BORJA, Ramiro, Derecho Constitucional Ecuatoriano, Tomo I, Quito, 1979.
- BORJA, Rodrigo, Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económico, México, 1997.
- BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, Tomo V, Editorial La Ley, Sexta Edición, Buenos Aires, 1966.
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997.
- CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Quinta Edición, dos Tomos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- **CLARO SOLAR, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Imprenta Nascimento, Santiago, 1942.**
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, Ley 118, Registro Oficial Suplemento No. 372, 30 julio 1998.
- CORDES, La Ruta de la Gobernabilidad, Quito, 1999.
- CRESPO, Pedro, La Corrupción en el Ecuador: enfoque Jurídico. Incidencia en la Seguridad y el Desarrollo, Tesis de Maestría, IAEN, XXV Curso, 1997-1998.
- DECRETO EJECUTIVO No. 1666, Registro Oficial No. 370, 17 de Julio del 2001.
- DECRETO SUPREMO No. 188, Registro Oficial No. 706, 2 de agosto de 1928.

- DECRETO SUPAMO No. 547, Registro Oficial No. 52, 2 de agosto de 1944.
- DROMI, Roberto; Parejo, Luciano, Seguridad Pública y Derecho Administrativo, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, 2001.
- DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Ciudad Argentina, Novena Edición, 2001.
- FRADIQUE-MENDEZ, Carlos, Adagios y Términos Jurídicos Latinos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, cuarta edición, Bogotá, 2000.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Justicia y Seguridad Jurídica en un Mundo de Leyes Desbocadas, Civitas Ediciones, Madrid, 1999.
- GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1989.
- GUILLIEN, Raymond y VINCENT, Jean, Diccionario Jurídico, Editorial Temis, Bogotá, 1996.
- GORDILLO, Agustín; Tratado de Derecho Administrativo, Segunda Edición.- Ediciones Macchi, Buenos Aires, s/f.
- GUZMAN, Marco Antonio, Realidad Nacional, Descentralización y Autonomías, Cuadernos sobre Descentralización, CORDES-KONRAD ADENAUER, Quito, 2000.
- HIDALGO LOPEZ, LUIS, La Telaraña Legal, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 1999.
- JACOME, María del Carmen, La Potestad Discrecional de la Administración en el Derecho Público Ecuatoriano, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia, PUCE, Quito, 2000.
- LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Ley No. 45, Registro Oficial No. 372, 19 julio 2001.
- LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Registro Oficial No. 335, 9 junio 1998.

- LEY ORGÁNICA DE LA COMISIÓN DE CONTROL CÍVICO DE LA CORRUPCIÓN, Registro Oficial No. 253, 12 agosto 1999.
- MORENO, Luis, En Defensa Propia, Cómo salir de la Corrupción, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1993.
- OLEAS, Medardo, Cómo Combatir la Corrupción en el Ecuador, Abya-Yala, Quito, 1997
- PACHANO, Fernando, La Reforma Constitucional Ecuatoriana de 1998: Un Análisis desde la Perspectiva de la Gobernabilidad, Estudio de Caso realizado para obtener el grado de Magíster en Gestión y Políticas Públicas de la Universidad de Chile, Resumen Ejecutivo, 2001.
- PAREJO, Luciano y DROMI, Roberto, Seguridad Pública y Derecho Administrativo, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001.
- PENAGOS, Gustavo, La Arbitrariedad Política causa Nulidad en los Actos Administrativos, Librería del Profesional, Bogotá, 1990.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, La Seguridad Jurídica, Editorial Ariel S.A., segunda edición, Barcelona, 1994.
- PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Informes de Labores al Congreso Nacional, 1990-1991, 1991-1992, 1992-1993, 1993-1994, 1994-1995, 1995-1996, 1997-1998.
- PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Boletín Jurídico, Nos. 4, 5, 6, Grafilán, 2002.
- PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Revista de Derecho Administrativo, Nos, 1 y 2, Grafilán.
- PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO, Reseña Histórica, Ley Orgánica y Manual de Difusión, Grafilán, s/f.
- PONCE MARTÍNEZ, Alejandro, Inseguridad Jurídica en la Función Judicial, Fundación Antonio Quevedo, Quito, 1999.

- TRABUCCO, Federico, Recopilación de las Constituciones de la República del Ecuador, Universidad Central, Editorial Universitaria, Quito, 1975.
- VARIOS, artículos e informaciones publicadas en El Comercio.
- VARIOS, El Derecho y la Justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Editorial Trotta, segunda edición, Madrid, 2000.
- ZURITA, Fabián, Diagnóstico de la Administración de Justicia y Propuestas para su Reforma, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2000.

AUTORIZACION DE PUBLICACION

Autorizo al Instituto de Altos Estudios Nacionales la publicación de esta Tesis, de su bibliografía y anexos, como artículo de revista o como artículo para lectura seleccionada o fuente de investigación.

Quito, julio 2003

DRA. ANA MARIA ROSERO RIVAS

FIRMA DEL CURSANTE